

Cátia Filipa da Silva Ferreira

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E
GERENTES NA INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA – A
PROBLEMÁTICA DO *FORUM SHOPPING***

PORTO

2012

Universidade Católica Portuguesa
Escola de Direito do Porto
Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E
GERENTES NA INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA – A
PROBLEMÁTICA DO *FORUM SHOPPING***

POR

Cátia Filipa da Silva Ferreira

Dissertação orientada pela Prof. Doutora Maria de Fátima Ribeiro
para a obtenção do grau de Mestre em Direito

PORTO

2012

*Aos meus queridos pais,
hoje e sempre a minha essência.*

Agradecimentos

Perante o término desta etapa da minha vida académica, cumpre agradecer a amabilidade de todos que me acompanharam neste percurso, tantas vezes atribulado, e que me fizeram sentir acompanhada e motivada, estando certa que, sem eles, o caminho a desbravar seria consideravelmente mais penoso.

Não posso deixar de prestar um especial agradecimento aos meus pais, por serem, simultaneamente, o meu suporte de apoio e carinho incondicional e a minha fonte de resistência, contra qualquer intempérie. Devo-lhes a pessoa que sou hoje e, por isso, ser-lhes-ei eternamente grata.

Ao Manuel, por me ter acompanhado ao longo deste processo, com quem partilhei dúvidas, angústias, por todas as palavras de apoio em todos os momentos, pela eterna compreensão e paciência, devo-lhe um agradecimento especial.

Ao Carlos, por acreditar e me fazer acreditar, por todo o carinho e, acima de tudo, pelo inesgotável sorriso, tornou esta jornada menos solitária.

Em especial, à Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro – que teve a gentileza de me orientar – pelo inestimável apoio incondicional e compreensão prestados nesta atribulada empreitada, bem como pela exigência e disponibilidade permanentes.

Quero, igualmente, deixar uma palavra de agradecimento ao Professor Doutor António Frada de Sousa, por amavelmente me ter recebido e partilhado a sua erudição, frutuosa para a presente dissertação.

Quand tout le monde est bossu, la belle taille devient la monstruosité

HONORE DE BALZAC

La Muse du département

Índice

Agradecimentos	3
Índice	5
Siglas e Abreviaturas	6
Introdução	8
CAPÍTULO I	10
A INSOLVÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	10
I.1) Sistemas de Insolvência Plurilocalizada	10
I.2) O Regulamento (CE) n.º 1346/2000	13
CAPÍTULO II.....	18
CAPÍTULO III.....	29
Conclusão	37
BIBLIOGRAFIA.....	39

Siglas e Abreviaturas

ABLJ – American Bankruptcy Law Journal

art. – artigo

ASPJ – Associação Sindical Juízes Portugueses

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

Cf. – Confronte com

CIP – Centro de Interesses Principais

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CJ – Colectânea *de* Jurisprudência

CPEREF – Código Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CSM – Conselho Superior da Magistratura

DJ – Direito e Justiça

DL – Decreto-Lei

DSR – Direito das Sociedades em Revista

EBLR – European Business Law Review

ECFR – European Council and Foreign Relations

ed. – edição

Emory Bankr. Dev. J. – Emory Bankruptcy Developments Journal

Fordham L. Rev. – Fordham Law Review

Harvard Int'l J. – Harvard International Law Review

i. e. – isto é

Int'l L. J. – International Law Journal

J. L. & Econ. – Journal of Law and Economics

Loc. Cit. – lugar citado

Mich. J. Int'l L. – Michigan Journal of International Law

Mich. L. – Michigan Law Review

N.º – Número

Nw.j. Int'l l & Bus – Northwestern Journal of International Law and Business

ob. cit. – obra citada

OD – O Direito

p. – página

Proc. – Processo

RDGP – Revista de Derecho concursal y paraconcursal

RDIPP – Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale

RDS – Revista de Direito das Sociedades

REV. - Revista

reimp. – reimpressão

RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado sobre o funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

U. Ill. L. Rev – University of Illinois Law Review

Vol. – Volume

Introdução

Num contexto de abertura dos mercados internacionais, temos vindo a assistir a um crescente dispersar, quer das actividades, quer do património dos entes societários, uma vez que estes não apenas contactam com fornecedores, clientes e financiadores estabelecidos em países terceiros, como podem mesmo deter sucursais, filiais e estabelecimentos além-fronteiras.

Nas circunstâncias acima descritas, a insolvência de uma sociedade comercial pode adquirir contornos transfronteiriços, dando azo a um conjunto de relevantes questões: Qual o tribunal internacionalmente competente para declarar a insolvência e os seus efeitos? Qual a lei nacional aplicável ao caso? Quais as implicações das decisões proferidas num determinado ordenamento jurídico em face de outros Estados? Etc.¹.

Partindo destas questões e atenta a disparidade de regimes jurídicos nacionais, é sabido que uma sociedade em dificuldades pode tentar transferir os seus bens para um ordenamento jurídico considerado como “*bankruptcy haven*”², com o intuito de escolher a lei que lhe será aplicada (*forum shopping*)³. Isto pode ser especialmente problemático se tal decisão for tomada pelos administradores ou gerentes da sociedade, com o intuito de se colocarem, eles próprios, ao abrigo de um regime de responsabilidade menos oneroso para comportamentos da administração que tenham provocado ou agravado o estado de insolvência da empresa⁴.

Partindo da realidade *supra* referida, o presente estudo visa encetar uma análise do instituto da insolvência plurilocalizada de entes societários no espaço da União Europeia,

¹ Vd. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – «O regulamento comunitário sobre insolvência - Uma introdução», in *ROA*, Ano 66, Vol. III, 2006, p. 153-198, p. 154.

² Cf. MARIA JOÃO PIMENTEL MACHADO – «Algumas considerações sobre a falência em direito internacional privado», in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, N.º 3, 1999, p. 77-111, p. 77.

³ Como refere ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – «Exoneração do passivo restante e forum shopping na insolvência de pessoas singulares na União Europeia», in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 57-98, p. 88, tem-se definido “*forum shopping*” como “*uma realidade prática que consiste na identificação, por um ou vários sujeitos, da jurisdição que irá proferir a decisão que para ele(s) será mais favorável, adoptando esse(s) sujeito(s) as medidas necessárias para que essa jurisdição reconheça a sua competência e aplique o Direito que mais lhe(s) convém*”.

⁴ Vd. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – «A responsabilidade dos administradores na crise da empresa», in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 391-413, p. 406.

incidindo sobre os aspectos da responsabilidade dos seus administradores⁵. Em foco estará a questão da eventual necessidade da harmonizar as soluções legais a nível comunitário, de modo a assegurar uma adequada tutela dos interesses dos credores sociais.

A escolha deste tema reflecte a sua proeminência numa época de globalização da actividade empresarial e numa conjuntura da crise económico-financeira mundial e constitui ainda pretexto para uma análise das mais recentes alterações ao regime português do Direito de Insolvência.

⁵ De ora em diante e salvo quando diversamente explicitado, empregaremos este termo para nos referirmos, quer aos administradores das sociedades anónimas, quer aos gerentes das sociedades por quotas.

CAPÍTULO I

A INSOLVÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

I.1) Sistemas de Insolvência Plurilocalizada

No plano internacional, não existe uma disciplina uniforme do instituto da insolvência, quer ao nível do direito interno material, quer do direito internacional privado. Assim, perante uma situação de insolvência plurilocalizada, a questão de saber qual ou quais os tribunais competentes para apreciar o respectivo processo e qual ou quais as leis falimentares aplicáveis tem sido objecto de largo debate, essencialmente nos Estados Unidos. Ao longo do tempo, têm vindo a ser advogados diferentes modelos, cujas soluções têm sido norteadas por um conjunto de princípios contrapostos: os da *territorialidade* e *pluralidade*, por um lado, e os da *universalidade* e *unidade*, por outro⁶.

Segundo o princípio da *territorialidade*, cabe à jurisdição e à lei de cada Estado a organização do procedimento falimentar no que concerne aos bens situados no seu território⁷. Tratando-se de uma insolvência plurilocalizada, a adopção deste sistema implica, como facilmente se compreenderá, a abertura de vários processos nos Estados em que o devedor possua bens (princípio da *pluralidade*).

Por sua vez, o princípio da *universalidade* determina que os efeitos do processo de insolvência devem ser regidos por uma única lei, a abranger a totalidade dos bens do devedor, qualquer que seja o país em que se situem⁸ e a totalidade dos credores, sejam eles do foro ou estrangeiros⁹. Este princípio, ao encarar o processo de uma forma unitária,

⁶ Vd. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS – «O “CIP” (“Centro dos Interesses Principais”) e as Sociedades: um capítulo europeu», in *DSR*, Ano 1, Vol. 1, 2009, p. 133-151, p. 134. Ainda sobre esta questão, vejam-se HELENA BRITO – «Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», in *Themis*, edição especial, 2005, p. 183-220, p. 186 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE – «Insolvência internacional: Direito aplicável», in *O Direito*, Ano 138, Vol. IV, 2006, p. 793-815, p. 794 ss.; LYNN M. LOPUCKI – «Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach», in *Cornell L. Rev.*, Vol. 84, N.º 3, 1999, p. 696-762; JAY LAWRENCE WESTBROOK – «A Global Solution to Multinational Default», in *Mich. Law Rev.* Vol. 98, 2000, p. 2276-2328, p. 2282 ss; MIGUEL VIRGÓS SORIANO & FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ – *The European insolvency regulation: law and practice*, Haia: Kluwer Law International, 2004, p. 11 ss.; e JASON J. KILBORN – «The Raging Debate Between Territorial and Universal Theories of Value Sharing in International Bankruptcy», in *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2009 (in <http://ssrn.com/abstract=1305320>), p. 2 ss.

⁷ Cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 157 ss.

⁸ Vd. DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 795.

⁹ Vd. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – ob. cit., p. 66.

pressupõe, à partida, que seja instaurado um só processo de insolvência, independentemente da dispersão geográfica dos seus efeitos (princípio da *unidade*)¹⁰.

Cada um destes princípios apresenta as suas vantagens e os seus inconvenientes¹¹. Por exemplo, da utilização do princípio da *territorialidade* decorre uma maior protecção dos pequenos credores locais¹² e um favorecimento dos credores que disponham de garantias reais¹³. Por outro lado, este critério potencia estratégias de *forum shopping* por parte de sociedades na proximidade da insolvência, uma vez que estas poderão deslocar os seus bens para ordenamentos jurídicos com regimes mais vantajosos¹⁴.

O princípio da *pluralidade*, por sua vez, parece implicar um custo acrescido quando comparado com a abertura de um procedimento único, embora esta desvantagem surja mitigada, uma vez que mesmo o sistema unitário vê-se muitas vezes confrontado com a necessidade de abertura de procedimentos judiciais secundários nos Estados em que o devedor possua bens¹⁵.

Em abstracto, a *unidade* e a *universalidade* afiguram-se como a solução mais vantajosa, na medida em que evitam a tomada de decisões contraditórias, promovem a igualdade de tratamento dos credores (*par conditio creditorum*)¹⁶ e potenciam ganhos de eficiência processual e financeira¹⁷. Ademais, obstaculizam a que o devedor se exima ao cumprimento das suas obrigações através da transferência do seu património ou actividade

¹⁰ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS – ob. cit., loc. cit. refere, contudo, que o princípio da *universalidade* não é incompatível com o da *pluralidade*.

¹¹ Para uma análise, vd. MARIA JOÃO PIMENTEL MACHADO – ob. cit., p. 84 ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 158 ss.; MIGUEL VIRGÓS SORIANO & FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ – *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid: Cívitas, 2003, p. 22 ss.; e ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA & JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ – *Derecho Concursal Internacional*, Madrid: Ed. Colex, 2004, p. 24 ss.

¹² Vd. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 158

¹³ Cf. DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., loc. cit.

¹⁴ Vd. JEAN-PHILLIPE MASLIN – *The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum Shopping*, 2009 (in <http://ssrn.com/abstract=1539391>), p. 5 ss. Alguns autores destacam ainda, como característica negativa da territorialidade, o facto de o legislador nacional poder sentir-se tentado a favorecer os credores domésticos, em detrimento dos estrangeiros, através do regime de insolvência. Por isso, a territorialidade chega a ser pejorativamente apelidada de “*grab rule*” – cf. LUCIEN ARYE BEBCHUK & ANDREW T. GUZMAN – «An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies», in *J.L. & Econ.*, Vol. 42, 1999, p. 775-806, p. 778 ss.

¹⁵ Cf. SAMUEL BUFFORD – «Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki», in *ABLI*, n.º 79, 2005, p. 105 ss., p. 112.

¹⁶ Vd. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS – ob. cit., p. 135.

¹⁷ Cf. por todos ROBERT K. RASMUSSEN – «A New Approach to Transnational Insolvencies», in *Mich. J. Int'l L.*, Vol. 19, 1997, p. 1 ss., p. 27; JAY L. WESTBROOK – «Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum», in *ABLI*, Vol. 65, 1991, p. 457 ss., p. e LUCIEN ARYE BEBCHUK & ANDREW T. GUZMAN – ob. cit., p. 778 ss..

para outro país¹⁸. Não obstante, mesmo os proponentes desta solução reconhecem que ela apresenta incompatibilidades com a noção de soberania e levanta grandes problemas de natureza prática¹⁹.

No panorama internacional, embora o paradigma *territorial* e a *pluralidade* continuem a ser dominantes²⁰, os modelos clássicos tendem a dar lugar a modelos assentes na cooperação entre Estados²¹. Mais se verifica que, modernamente, o *universalismo*, ainda que mitigado²², logrou obter importantes vitórias, com a adopção de diplomas como a *Model Law on Cross-Border Insolvency* (1997) e o *Legislative Guide on Insolvency Law* (2004) da UNCITRAL²³, o *Chapter 15* do *Bankruptcy Code* estadunidense²⁴ ou o Regulamento (CE) n.º 1346/2000, de 29 de Maio de 2000, *sobre processos de insolvência*²⁵.

¹⁸ Vd. DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 795.

¹⁹ Como reconhece MARIA JOÃO PIMENTEL MACHADO – ob. cit., p. 87, o grande problema da unidade e da universalidade é o facto de pressuporem um elevado grau de integração económica e política. Tenha-se ainda em conta que existem múltiplos interesses atendíveis no domínio da insolvência que reclamam soluções divergentes da mera aplicação destes princípios (ex: os interesses dos credores que disponham de garantias reais, os dos trabalhadores da insolvente, os dos pequenos credores, etc.) – cf. DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 795 ss.

²⁰ Cf. FREDERICK TUNG – *Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations*, 2001 (in <http://escholarship.org/uc/item/0kn6d3dw#page-4>), p. 8 ss e ALEXANDER M. KIPNIS – *Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency*, 2006 (in <http://ssrn.com/abstract=913844>), p. 17.

²¹ Vd. LYNN M. LOPUCKI – «The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy» in *Mich. L. Ver.*, N.º 98, 2000, p. 2216 ss.

²² Cf. MARIA JOÃO PIMENTEL MACHADO – ob. cit., p. 83, refere que “o sistema da universalidade na falência, na sua forma pura, não existe, como também a estrita territorialidade é muito rara. Na maioria dos países aplica-se, actualmente, um sistema de territorialidade atenuada ou um sistema de universalidade controlada ou flexível”. No mesmo sentido, vd. HELENA BRITO – ob. cit., p. 187.

²³ Vd., entre outros, CARLOS ESPLUGUES MOTA – «La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: de la hambruna al exceso?», in *CDC*, N.º 27, 1998, p. 45-80; BOB WESSELS – *Current Topics of International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 41 ss.; e SUSAN BLOCK-LIEB & TERENCE HALLIDAY – «Harmonization and Modernization in UNCITRAL’s Legislative Guide on Insolvency Law», in *Tex. Int’l L.J.*, Vol. 42, 2007, p. 475-514.

²⁴ Cf. ELIZABETH J. GERBER – «Not All Politics Is Local: The New Chapter 15 to Govern Cross-Border Insolvencies», in *Fordham L. Rev.*, Vol. 71, N.º 5, 2003, p. 2051-2099; JAY LAWRENCE WESTBROOK – «Chapter 15 at Last», in *AB LJ*, Vol. 79, 2005, p. 713-729; e JOHN J. CHUNG – «The New Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A Step Toward Erosion of National. Sovereignty», in *Nw. J. Int’l L. & Bus.*, Vol. 27, 2006, p. 89-135.

²⁵ Este Regulamento teve a sua fonte próxima na Convenção de Bruxelas, de 23/11/1995 (que não entrou em vigor), pelo que permanecem actuais muitos dos comentários proferidos por MIGUEL VIRGÓS SORIANO & ETIENNE SCHMIT – *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Conselho da União Europeia (doc. 6500/96 DRS 8 CFC), 1996, p. 1-184. Entre nós, LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 159, entende que este Regulamento consagrou um “sistema misto de pendor universalista”, enquanto MARIA HELENA BRITO – ob. cit., p. 199, usa a expressão “universalidade limitada” e DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 802 o termo “universalidade mitigada”.

I.2) O Regulamento (CE) n.º 1346/2000

A nível comunitário, a insolvência plurilocalizada é disciplinada pelo Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, *relativo aos processos de insolvência*, que entrou em vigor a 31 de Maio de 2002. No Preâmbulo, o Regulamento expressamente refere que tem como objectivos garantir a eficiência e eficácia das insolvências transfronteiriças e “evitar quaisquer incentivos que levem as partes a transferir bens ou acções judiciais de um Estado-Membro para outro, no intuito de obter uma posição legal mais favorável (*forum shopping*)”²⁶. As suas disposições têm grande relevo, uma vez que, além de aplicabilidade directa, gozam de primazia sobre as normas de direito interno que as contrariem²⁷.

Será de notar que este diploma comunitário não estabelece um regime único de insolvência transfronteiriça, limitando-se a disciplinar as matérias da competência internacional, da determinação da lei aplicável e do reconhecimento de decisões estrangeiras²⁸.

O âmbito material de aplicação do Regulamento abrange “[o]s processos colectivos em matéria de insolvência do devedor que determinem a inibição parcial ou total desse devedor da administração ou disposição de bens e a designação de um síndico” (n.º 1 do art. 1.º)²⁹, com excepção dos processos de insolvência referentes a instituições financeiras (n.º 2 do art. 1.º)³⁰. Note-se ainda que, nos termos do Considerando 9, é irrelevante que o devedor seja uma pessoa colectiva ou singular, um comerciante ou um não comerciante.

Quanto ao âmbito espacial de aplicação, o Regulamento só se aplica a insolvências transnacionais, em que existe uma conexão relevante com outro Estado (cf. Considerandos

²⁶ Cf. Considerando 4.

²⁷ Cf. art. 8.º CRP e 288.º TFUE. Sobre as características dos Regulamentos comunitários, vd. JOÃO MOTA DE CAMPOS & JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS – *Manual de Direito Europeu. O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 313 ss.

²⁸ Cf. Considerando 6. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 154 ss, reconhece, contudo, que o Regulamento dispõe de algumas normas materiais unificadas de cariz complementar, designadamente nos arts. 19.º a 24.º e 39.º a 42.º. Para a relação entre o direito comunitário e o direito internacional privado, vd. RUI MOURA RAMOS – «Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção», in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 1045-1098.

²⁹ Sobre esta norma, vd. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 161.

³⁰ Sobre esta excepção, vd. o Considerando 9 do Regulamento e, na doutrina, MARIA HELENA BRITO – ob. cit., p. 190 e MIGUEL VIRGÓS SORIANO & FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ – *The European insolvency regulation...* ob. cit., p. 27 ss.

2 e 3)³¹. Determinante é ainda que o *centro de interesses principais* do devedor esteja situado num Estado-Membro (cf. Considerando 14)³², caso contrário, será aplicável o Direito Internacional Privado de cada Estado³³.

O conceito de centro de interesses principais (CIP ou COMI) é, conforme veremos, “a noção mais fulcral na economia do Regulamento”³⁴. Não obstante, o legislador não concretizou devidamente este critério, referindo apenas, no Considerando 13 do Regulamento, que “o «centro de interesses principais» do devedor deve corresponder ao local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses, pelo que é determinável por terceiros”³⁵. No caso das sociedades e pessoas colectivas, presume-se que o CIP corresponde à sede estatutária (cf. art. 3.º, n.º 1), embora tal presunção seja ilidível mediante prova em contrário³⁶.

³¹ É controverso saber se é exigida uma conexão com outro Estado-Membro. Quanto a este ponto, na esteira de LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 162 ss. e DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 800, parece-nos que, quando seja de aplicar a norma de conflitos geral, que remete para a lei reguladora da insolvência (art. 4.º, n.º 1 do Regulamento) e se o centro dos principais interesses do devedor se localizar na Comunidade, então o Regulamento aplica-se mesmo que o património esteja situado em terceiros Estados. Todavia, como reparam MIGUEL VIRGÓS SORIANO & FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ – ob. cit., p. 23, “the Insolvency Regulation is only binding on Member States. Therefore, its extra-Community effectiveness will depend upon the laws of the non-Member concerned State”. Sobre esta questão no plano das relações atlânticas, vd. ALEXANDRA CC RAGAN – «COMI Strikes a Discordant Note: Why U.S. Courts Are Not in Complete Harmony Despite Chapter 15 Directives», in *Emory Bankr. Dev. J.*, Vol. 27, N.º 1, 2010, p. 117-168.

³² DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 808 ss., salienta que das normas do Regulamento não pode resultar senão a atribuição de competência à lei de um Estado Contratante, pelo que se os elementos de conexão remeterem para a lei de um terceiro Estado (ex: estar aí o CIP do devedor), não poderá a lei deste último ser aplicável por via do Regulamento. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS – ob. cit., p. 143, refere que se o CIP do devedor estiver situado fora da Comunidade, mesmo que o devedor tenha cá um estabelecimento, ter-se-á de recorrer ao Direito Internacional Privado de fonte interna. O mesmo resultava já do texto da Convenção de 1995, como nos dizem MIGUEL VIRGÓS SORIANO & ETIENNE SCHMIT – ob. cit., p. p. 29. Com outro entendimento, à luz do Regulamento, vd. LUIGI DANIELE – «Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», in *RDIPP*, Vol. 38, F. 1, 2002, p. 33-50, p. 48.

³³ Cf. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 162.

³⁴ Vd. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – ob. cit., p. 66.

³⁵ Sobre o conceito de CIP/COMI, vd. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS – ob. cit., p. 140 ss. e MASSIMO V. BENEDETTELLI – «“Centro degli interessi principali” del debitore e fórum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera», in *RDIPP*, Vol. 40, F. 2, 2004, p. 499-530. Sobre o CIP na jurisprudência, consulte-se o elenco das decisões referenciadas por BOB WESSELS – *International Insolvency Law*, Vol. X, Deventer: Kluwer, 2006, p. 311 ss.

³⁶ Alguma doutrina entende que se existir divergência entre a sede estatutária e a sede da administração, deve considerar-se que o CIP se situa no local desta última. Diversamente, LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 164 ss., advoga que a presunção só deveria poder ser ilidida com a demonstração que “a generalidade dos credores sabia ou devia saber que a pessoa colectiva é administrada noutro Estado”. Neste sentido vai ainda a jurisprudência do TJ, conforme resulta do Ac. de 2-05-2006, *Eurofood IFSC Ltd*, (Processo n.º C-341/04, *Colect.*, p. I-3813). A respeito deste importante Ac., vejam-se YVES CHAPUT – «Centre des intérêts principaux et catégories juridiques de l'insolvabilité des entreprises (à propos de l'arrêt de la CJCE du 2 mai 2006)», in *RLDA*, N.º 6, 2006, p. 26-32 ; LAURA GARCÍA GUTIÉRREZ – «Eurofood IFSC Ltd: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000 sobre

O CIP adquire relevo nos termos do art. 3.º, n.º 1 do Regulamento, segundo o qual a competência internacional para o processo principal de insolvência³⁷ é atribuída aos órgãos jurisdicionais³⁸ do Estado-Membro “*em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor*”³⁹. Assim, se o CIP se situar num Estado-Membro, os tribunais de outro Estado-Membro só têm competência para abrir um processo de insolvência (secundário) em relação ao devedor se este possuir um estabelecimento no seu território⁴⁰. Nesse caso, os efeitos do processo de insolvência limitam-se aos bens do devedor que aí se encontrem (cf. art. 3.º, n.º 2 e 27.º do Regulamento) e o processo deverá ser de liquidação (cf. art. 3.º, n.º 3)⁴¹.

Em matéria de reconhecimento dos processos de insolvência e das decisões proferidas nesses processos noutros Estados-Membros, o Regulamento adopta o princípio do reconhecimento mútuo e imediato, nos termos dos seus arts. 16.º e 25.º. Assim, por exemplo, a decisão de abertura de um processo de insolvência proferida por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, competente segundo o art. 3.º⁴², é reconhecida em todos os outros Estados-Membros logo que produza efeitos no primeiro⁴³. E o

procedimientos de insolvencia», in *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, 2007, p. 125-143; FEDERICO M. MUCCIARELLI – «Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi», in *Giur. Comm.*, Vol. I, 2008, p.1224-1233; e GEORGES KHAIRALLAH – «The "Centre of the Debtor's Main Interests": Comments on the Eurofood Judgment of the ECJ», in *Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, N.º 11, 2009, p. 111-122.

³⁷ Para uma distinção entre processo principal de insolvência e processos secundários, vd. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 159 ss. e 167 ss. e ALEXANDRE SOVERAL MARTINS – ob. cit., p. 138 ss. Sobre a sua articulação, vd. as anotações aos arts. 31.º, 33.º, 34.º e 35.º de CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA – *Insolvências Transfronteiriças. Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho Anotado*, Lisboa: Quid Juris, 2003, p. 106 ss.

³⁸ Sobre o conceito de “*órgão jurisdicional*”, cf. art. 2.º, al. d) do Regulamento.

³⁹ Note-se ainda que o TJ consagrou a este propósito, no Ac. de 17-01-2006, *Susanne Staubitz-Schreiber* (Proc. C-1/04, *Colect.*, p. I-701), a regra *perpetuatio fori*.

⁴⁰ Sobre a questão de uma sociedade dominada poder ser considerada um estabelecimento, vd. DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 802 e ALEXANDRE SOVERAL MARTINS – ob. cit., p. 149 ss.

⁴¹ Sobre as consequências da abertura de um processo em violação das regras de competência do art. 3.º do Regulamento, vd. CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA – ob. cit., p. 35 ss e p. 122 ss. e IDEM – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, reimp., Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 857 ss.

⁴² Para efeito de demonstração dessa competência, vd. o art. 271.º do CIRE. Tenha-se em conta que a competência do órgão jurisdicional de um Estado-Membro que tenha aberto um processo principal de insolvência não pode ser fiscalizada pelos órgãos jurisdicionais dos outros Estados-Membros, conforme o Tribunal de Justiça referiu no caso *Eurofood IFSC, Ltd.* e reiterou no Ac. de 21/01/2010, *Gdynia* (Proc. n.º C-444/07). Assim, a parte que não concordar com a aceitação da competência num Estado-Membro deve recorrer aos meios de recurso existentes nesse Estado-Membro, podendo ainda haver lugar ao reenvio prejudicial para o TJUE.

⁴³ Vd. LUÍS DE MENEZES LEITÃO – *Direito da Insolvência*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 364 ss. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 170, parte desta norma para considerar que, em caso de conflitos positivos de competência, vale o princípio da prioridade: a decisão proferida pelo órgão jurisdicional (competente) que

Regulamento consagra apenas dois motivos legítimos para que um Estado-Membro recuse o referido reconhecimento⁴⁴: possível restrição da liberdade individual ou do sigilo postal (cf. art. 25.º) e a exceção de ordem pública internacional (cf. art. 26.º)⁴⁵.

Quanto ao princípio geral relativo à lei aplicável ao processo de insolvência e aos respectivos efeitos, consta do art. 4.º, n.º 1 do Regulamento 1346/2000 que prevalece a lei do Estado de abertura do processo. Também o art. 28.º determina que a lei aplicável aos processos secundários é a lei do Estado-Membro onde decorreu a sua abertura.

Confere-se por esta via aplicabilidade à *lex fori concursus*⁴⁶, uma solução fácil de compreender, se tivermos em conta os interesses aqui atendíveis⁴⁷:

- i. Como o Estado onde o processo principal deve ser instaurado é habitualmente aquele onde serão encontrados a maioria dos credores e a maior parte dos bens do devedor, a *lex fori concursus principalis* permite uma melhor realização do princípio *par conditio creditorum*⁴⁸;
- ii. Adicionalmente, a aplicação da *lex fori concursus* facilita a boa administração da justiça, visto que a lei aplicável ao processo de insolvência será a do tribunal competente para o julgar.

Em face do exposto no presente capítulo, constatamos que o Regulamento 1346/2000 acolheu os princípios da *unidade* e da *universalidade*, embora com algumas cedências aos princípios da *pluralidade* e *territorialidade*⁴⁹. O diploma comunitário não cura todavia, da

proceder à abertura em primeiro lugar deve ser reconhecida automaticamente nos demais Estados-Membros. Neste contexto, veja-se ainda o disposto no art. 272.º, n.º 1 do CIRE.

⁴⁴ Neste sentido, cf. o n.º 31 ss. do já citado Ac. *Gdynia*.

⁴⁵ Para a concretização da cláusula de ordem pública internacional, vd. os acórdãos do TJ de 28/03/2000, *Dieter Krombach v. André Bamberski*, Processo C-7/98, Colect., p. I-1935, n.ºs 21 ss., *Eurofood IFSC*, n.º 61 ss. e *Gdynia*, n.º 34.

⁴⁶ Vd. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 173 ss.

⁴⁷ Cf. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA & JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ – *Derecho Concursal Internacional*...ob. cit., p. 109 ss. Ainda sobre estes e outros motivos, vd. DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 805 ss. e LUÍS DE MENEZES LEITÃO – ob. cit., p. 360. Nas situações em que os interesses em jogo reclamam uma solução diversa, o Regulamento prevê regras especiais. Assim, cf. os arts. 5.º a 15.º do Regulamento e as anotações a seu propósito de CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA – *Insolvências Transfronteiriças*..., ob. cit., p. 45 ss., e de LUÍS DE LIMA PINHEIRO – ob. cit., p. 174 ss.

⁴⁸ A tutela dos credores cuja nacionalidade ou domicílio não correspondam ao Estado-Membro onde decorreu a abertura do processo de insolvência é ainda promovida pelo Regulamento através de medidas como a previsão de obrigações de informação (cf. art. 40.º) e de facilidades linguísticas (cf. art. 42.º).

⁴⁹ Vd. DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 801 ss; LUÍS DE MENEZES LEITÃO – ob. cit., p. 364 e ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – ob. cit., p. 67. A concessão advém do facto de se admitir a abertura de processos de insolvência secundários e territoriais, no caso de o devedor ter um estabelecimento noutro Estado-Membro (cf. art. 3.º, n.º 3). A cedência surge ainda no n.º 4 do art. 3.º do Regulamento, que admite, a título excepcional, processos territoriais de insolvência antes de ser aberto o processo principal, desde que

possibilidade de os elementos de conexão nele contidos remeterem para um Estado terceiro. Cremos que, nesse caso, a solução terá de ser encontrada no Direito Internacional Privado de fonte interna⁵⁰.

O modelo legislativo consagrado no Regulamento tem sido criticado pela doutrina, na medida em que, como o critério em que se baseia é facilmente manipulável, pode incentivar o *forum shopping* em antecipação da insolvência⁵¹. Ora, uma das matérias onde esta questão pode levantar mais problemas prende-se com o regime de responsabilidade dos administradores de sociedades insolventes. De facto, encontrando-se a empresa num estado debilitado, há uma grande probabilidade de os seus gerentes ou administradores adoptarem comportamentos oportunistas, expondo os credores sociais a riscos indevidos⁵². Esses comportamentos podem, designadamente, traduzir-se na mudança artificial do CIP de uma sociedade em crise para um outro ordenamento jurídico, onde exista um regime de responsabilidade civil mais vantajoso para a administração societária. A análise deste assunto será o ponto fulcral do Capítulo III desta Dissertação.

Não obstante, cremos que a presente exposição não ficaria completa sem que se procure responder a uma questão fundamental, no plano do Direito interno: será então o regime falimentar português apelativo para administradores societários em situações de pré-insolvência, ou potencia a deslocalização de sociedades em busca de ordenamentos jurídicos mais vantajosos? Conforme veremos no Capítulo seguinte, a recente reforma do CIRE, ocorrida em 2012, veio introduzir mudanças que agravam o regime legal de responsabilidade civil em casos de insolvência culposa, algo que poderá potenciar, nos anos vindouros, o *forum shopping* com este fundamento.

preenchidas certas condições. Neste caso, entendemos que os processos territoriais não terão de ser, necessariamente, processos de liquidação, conforme referem ALEXANDRE SOVERAL MARTINS – ob. cit., p. 139 e PATRIZIA DE CESARI – «Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», in *RDIPP*, Vol. 39, F. 1, 2003, p. 55-84, p. 67 ss.

⁵⁰ Vd. DÁRIO MOURA VICENTE – ob. cit., p. 810; PATRIZIA DE CESARI – ob. cit., p. 83; e JOSÉ JAVIER EZQUERRA UBERO – «El Reglamento comunitario de insolvencia y la ley concursal: ámbito de aplicación especial de las nuevas normas de Derecho Internacional Privado», in ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA & SANTIAGO AREAL LUDEÑA (dirs.) – ob. cit., p. 505-517, p. 510 ss.

⁵¹ Vd. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – «A responsabilidade dos gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial», in *O Direito*, Ano 142, Vol. I, 2010, p. 81-128, p. 117 ss.

⁵² Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – «A responsabilidade dos administradores...», ob. cit., p. 393 e FREDERICO RAFFAELE – «C'È Ancora Spazio Per La C.D. Deepening Insolvency Doctrine Nel Diritto Statunitense?», in *Il Diritto Fallimentare e Delle Società Commerciali*, ano LXXXV, n.º 5, Pádua: CEDAM, 2010, p. 668-683, p. 668 e ss..

CAPÍTULO II

O REGIME DE RESPONSABILIDADE PORTUGUÊS

II.1) Responsabilidade na Insolvência antes da Reforma de 2012

Analizando as normas do CIRE até à sua sexta alteração, introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, não encontramos qualquer preceito que permitisse aos credores concursais exigir uma indemnização a outros sujeitos passivos, para além do insolvente, quando impossibilitados de obter a satisfação integral dos seus créditos⁵³. Esta opção legislativa, parecendo conflitar com o objectivo professado no preâmbulo do respectivo diploma, de alcançar “*uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares da empresa e dos administradores da pessoa colectiva*”, foi mesmo fonte de alguma perplexidade na nossa doutrina⁵⁴.

De facto, foi talvez infeliz a consagração no CIRE do incidente de qualificação da insolvência⁵⁵, sem que ao mesmo tivesse sido associado um mecanismo de responsabilidade⁵⁶. As consequências previstas no Código para as insolvências culposas cingiam-se à inabilitação dos culpados⁵⁷, à inibição temporária para o exercício do

⁵³ Ao arrepio, aliás, do regime de responsabilidade proposto nas alíneas e) e f) do artigo 171.º do Anteprojecto do CIRE.

⁵⁴ Vd. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO – «Efeitos da declaração de Insolvência sobre o Insolvente no Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas» in *Direito e Justiça* 19, Lisboa, 2005, p. 193 ss.

⁵⁵ Cf. sobre o mesmo LUÍS CARVALHO FERNANDES – «A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor», in *Themis*, 2005 (Edição Especial), p. 81-104; LUÍS M. MARTINS – *Processo de Insolvência. Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 349 ss; LUÍS MENEZES LEITÃO – *Direito da Insolvência*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 284 ss. e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO – *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, 2012, p. 122 ss..

⁵⁶ Segundo RUI ESTRELA DE OLIVEIRA – «Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação de Insolvência», in *Revista Julgar*, N.º 11, 2010, p. 941, a razão que levou o legislador a autonomizar estas acções ficou a dever-se à “*diferença existente entre os pressupostos fundamentadores da responsabilidade civil, instituto convocado nas acções mencionadas no artigo 82.º, e os pressupostos da qualificação da situação de insolvência, que condiciona a abordagem que o tribunal fará à matéria de facto considerada pertinente*”. Com uma visão crítica, vd. MANUEL CARNEIRO DA FRADA – «A responsabilidade dos administradores na insolvência», in *ROA*, Vol. II, Ano 66, 2006, p. 653-702 p.699 e ss..

⁵⁷ A propósito da consequência da inabilitação, saliente-se que o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009, de 4 de Maio de 2009, veio declarar com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 189.º, n.º 2, alínea b), do CIRE, na medida em que este impunha que o juiz, na sentença que qualificasse a insolvência como culposa, decretasse a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente. Mais longe foi o Acórdão da Relação do Porto, de 15-07-2009, Processo n.º 7462/07.3TBVNG-B.P1, que considerou que “*o art. 189º, nº 2, al. b) do CIRE é inconstitucional, não só nas situações*

comércio ou para se ser titular de órgão de pessoa colectiva, à perda de créditos sobre a insolvência e à obrigação de restituir à massa os valores que, a esse título, tenham sido entretanto percebidos (cf. artigo 189.º n.º 2 do CIRE)⁵⁸. Diz-se a este propósito que os efeitos que a lei associava à insolvência culposa tinham uma função eminentemente punitiva, funcionando como uma espécie de “*penas civis*”⁵⁹.

Dada esta incompletude do CIRE, restava ao intérprete o recurso ao regime previsto nos artigos 72.º e seguintes do CSC, em particular, à tutela concedida pelo artigo 78.º, n.º 1⁶⁰. Este último exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) que o facto do gerente ou administrador constitua uma inobservância culposa de disposições legais destinadas à protecção dos interesses dos credores⁶¹; (ii) que o património social se tenha tornado insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos; e (iii) que o acto do gerente ou administrador possa considerar-se causa adequada do dano dos credores sociais⁶².

directamente abrangidas pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (em que o visado é o administrador de sociedade comercial declarada insolvente), mas também nas situações em que o sujeito visado é a pessoa singular que foi declarada insolvente”. Com a última alteração do CIRE, onde antes se dizia “*inabilitação das pessoas afectadas*”, passou a escrever-se “*inibição das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros*”. Para uma crítica desta nova redacção, vd. CATARINA SERRA – «Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões, in *DSR*, Ano 4, Vol. 7, 2012, p. 97-132, p. 101 ss.

⁵⁸ Note-se que já então o CIRE enunciava outros efeitos decorrentes da qualificação da insolvência como culposa (ex: a alínea c) do n.º 1 do artigo 228.º, as alíneas b), e) e f) do n.º 1 do artigo 238.º, a alínea c) do n.º 1 do artigo 243.º e o n.º 1 do artigo 246.º), mas, como refere LUÍS CARVALHO FERNANDES – *ob. cit.*, p. 96 e n. 26, a não inclusão destes efeitos no n.º 2 do artigo 189.º “*reside, por certo, em decorrerem, ipso iure, de factos que relevam na qualificação da insolvência como culposa, enquanto os contidos nas alíneas do n.º 2 do art. 189.º dependem da decisão judicial específica relativa a essa qualificação*”.

⁵⁹ Vd. CATARINA SERRA – *A Insolvência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 371.

⁶⁰ Para além da acção directa prevista no n.º 1, o art. 78.º n.º 2 reconhece aos credores a legitimidade para exercerem o direito de indemnização de que a sociedade seja titular, por via sub-rogatória. A propósito das diferenças entre estes mecanismos, vd. MARIA ELISABETE RAMOS – «Da Responsabilidade dos Membros da Administração para com os Credores Sociais», in *BFDUC*, Vol. 76, 2000, p. 251-288. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – «A responsabilidade dos administradores na crise da empresa...» - *ob. cit.*, p. 398 ss, diz-nos que “*Cada um destes mecanismos apresenta as suas vantagens e inconvenientes, mas de um ponto de vista estratégico a acção directa oferece a relevante vantagem de prover à indemnização dos danos causados aos credores sociais, fazendo ingressar directamente no património dos autores da acção o valor da indemnização (...) Mas os credores apenas poderão tirar partido desta possibilidade se, entretanto, não se tiver iniciado o competente processo de insolvência, uma vez que, na sua pendência, a competência para a instauração da acção prevista no n.º 1 do artigo 78.º do CSC é do administrador da insolvência, aproveitando o resultado da mesma à massa insolvente*”.

⁶¹ Consagra-se aqui um tipo de responsabilidade por violação de normas de protecção prevista no artigo 483.º n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil. Sobre o conceito de normas de protecção dos credores sociais no CSC, vd. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES – *A administração das sociedades por quotas e anónimas – organização e estatuto dos administradores*, Lisboa: Livraria Petrony, 1990, p. 220 ss.

⁶² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa: Lex., 1997, p. 494, escreve que “*a lei exige, para este tipo de responsabilidade, a violação de normas de protecção aos credores, protecção essa que seja causa da insuficiência patrimonial. Além disso,*

Naturalmente, existem disposições no CIRE que se podem configurar como regras destinadas à protecção de interesses dos credores sociais. Desde logo, parece-nos que “o art. 186 do CIRE corresponde a uma disposição de protecção cuja violação por parte dos administradores de uma sociedade desencadeia responsabilidade civil pela insolvência: articulada com a norma do art. 78 n.º 1 do CSC, e, fora do alcance desta norma, por força da directriz mais geral contida no art. 483 n.º 1 do CC”⁶³.

Mais específico é o caso do dever de apresentação à insolvência que recai sobre os administradores de sociedades comerciais, nos termos do artigo 18.º do CIRE⁶⁴ e que tem como fundamento a ideia de que uma sociedade que se encontre num estado insolvente não deverá interagir no mercado, para assegurar a segurança de todos os intervenientes⁶⁵. A este respeito, note-se que, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 186.º, constitui uma presunção ilidível da existência de culpa grave por parte dos administradores, de direito ou de facto, de uma sociedade, o incumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência⁶⁶.

No período que antecedeu a sexta revisão do CIRE, a doutrina considerava que o artigo 18.º seria uma norma de protecção dos credores sociais, pelo que o seu incumprimento daria lugar à responsabilização dos administradores⁶⁷. Neste caso, porém,

haverá que verificar os demais requisitos da imputação aquiliana, com relevo para a ilicitude, a culpa e o nexo causal: Nenhum desses factores se presume: haverá – por parte dos interessados – que deduzir, com êxito, a competente prova”.

⁶³ Vd. MANUEL CARNEIRO DA FRADA – ob. cit., p. 683 e ss.

⁶⁴ Na ausência de concretização do momento para a apresentação, cabe aqui um papel preponderante aos administradores, na medida em que estes possuem um perfeito conhecimento da situação patrimonial da sociedade. Atendendo a este facto, o legislador consagrou, no artigo 19.º do CIRE, que a iniciativa de apresentação “cabe ao órgão social incumbido da sua administração” ou a “qualquer dos seus administradores”.

⁶⁵ Vd. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – «A responsabilidade dos administradores na crise da empresa...», ob. cit., p.396.

⁶⁶ Crê-se que a presunção prevista no n.º 3 do artigo 186.º do CIRE apenas faz presumir a existência de culpa grave em relação à insolvência, mas é por si só insuficiente para qualificar a insolvência como culposa, porquanto é ainda necessário demonstrar que o incumprimento que a lei presume gravemente culposos foi causa da criação ou de agravamento da situação de insolvência. Neste sentido, vd., na doutrina, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA – ob. cit., p. 237 ss. e na jurisprudência os acórdãos do TRP, de 20/10/2009, Proc. n.º 578/06.5TYVNG-A, P1, do TRC, de 20/04/2010, Proc. n.º 395/09.0TBLRA-C.C1 e do TRG, de 12/07/2011, Proc. n.º 503/10.9TBPTL-H.G1 (in www.dgsi.pt).

⁽⁶⁷⁾ Vd. COUTINHO DE ABREU – «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades», in: *Cadernos do IDET*, Nº 5, 2ª ed., 2010, p. 73 e MANUEL CARNEIRO DA FRADA – ob. cit., p. 683 ss. Seria ainda defensável estender esta responsabilidade pelo incumprimento do dever de apresentação à insolvência a certos casos de insolvência iminente, na medida em que, como referem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES & JOÃO LABAREDA – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 71. “temos para melhor solução, em ponderação dos elementos da hermenêutica interpretativa disponíveis, a que

seria de atribuir relevância ao artigo 79.º do CSC, quando a violação do dever de apresentação da sociedade à insolvência causasse prejuízos aos chamados “*novos credores*”⁶⁸.

Da análise da implementação prática do regime *supra* exposto, resulta que era já possível, no nosso ordenamento jurídico, a responsabilização civil de administradores por danos provocados na iminência do estado de insolvência da sociedade, sendo, no entanto, difícil a prova do respectivo nexo de causalidade⁶⁹. Por esse motivo, estaria enfraquecida a tutela concedida aos credores sociais em situações de insolvência⁷⁰. Todavia, conforme agora veremos, esta matéria foi recentemente objecto de uma alteração legislativa.

II.2) Emendas ao CIRE: a Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril

No quadro do programa de auxílio financeiro à República Portuguesa promovido pela “troika” (BCE, Comissão Europeia e FMI), o Estado Português comprometeu-se a alterar o regime português de insolvência⁷¹. Deste compromisso resultou a sexta alteração ao CIRE, através da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, que se encontra já em vigor no nosso ordenamento jurídico⁷². No seio do aludido diploma legal, encontramos algumas alterações ao regime supradito, que convém realçar no campo da nossa exposição.

Assim, desde logo, o n.º 1 do artigo 18.º apresenta uma nova redacção, nos termos da qual “[o] devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do

aponta no sentido de, à vista de insolvência iminente, o devedor dever requerer a sua declaração se a situação não puder ser ultrapassada”.

⁶⁸ I. e., aqueles cujos créditos apenas foram constituídos depois de surgir na esfera jurídica dos administradores o dever de apresentar a sociedade à insolvência. Tal como propõe MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – *ob. cit.*, p. 401 ss., estando os administradores obrigados a apresentar a sociedade à insolvência, “o dano é, nestas hipóteses, directamente causado pelos administradores (no exercício das suas funções) no património destes credores, pelo que o meio de tutela dos seus interesses será especificamente aquele que resulta do artigo 79.º do CSC”.

⁶⁹ Neste sentido, vd. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – *ob. cit.*, p. 404. Esta autora afirma que da análise efectuada dos tribunais nacionais, os autores não logravam demonstrar a existência do referido nexo de causalidade.

⁷⁰ Assim também MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – «A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedades comerciais», in *O Direito*, 2010, 142.º, I, p. 81-128, p. 126.

⁷¹ Cf. ponto 2.17 do Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica, disponível in <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000046001-000047000/000046743.pdf>.

⁷² Para uma apreciação global das alterações introduzidas no CIRE, vd. CATARINA SERRA – «Emendas à (lei da insolvência) portuguesa - primeiras impressões», in *DSR*, Vol. 7, 2012, p. 97-132.

artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la”. Consequentemente, o prazo para o cumprimento do dever de apresentação à insolvência foi reduzido para metade, visto que de acordo com a anterior redacção o prazo aplicável era de 60 dias⁷³. Os motivos para esta redução podem ser encontrados no Memorando de enquadramento das propostas de alteração ao CIRE⁷⁴, sendo aí referido que “[b]osqueja-se com esta alteração não só uma maior tutela dos credores, limitando-se tanto quanto possível a existência no mercado de agentes económicos em situação de insolvência, como se antecipa a possibilidade de um determinado devedor, ainda economicamente viável, se sujeitar a um plano de recuperação da respectiva actividade”.

Para além disso, a alínea i) do n.º 1 do artigo 36.º também sofreu uma alteração, nos termos da qual, na sentença que declarar a insolvência, o juiz “[c]aso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, declara aberto o incidente de qualificação, com carácter pleno ou limitado, sem prejuízo do disposto no artigo 187.º”. Ou seja, o incidente de qualificação da insolvência passa a ser tramitado por iniciativa do juiz somente quando existam indícios de que a situação de insolvência foi criada com culpa do devedor ou de algum dos seus responsáveis e não, como acontecia face ao anterior regime, em todos os processos de insolvência. A este respeito, segundo a motivação constante do Memorando, a abertura oficiosa do incidente de qualificação “*está a tramitar-se um procedimento inútil no tribunal e que desvia recursos necessários para a tramitação de procedimentos úteis para um incidente, tantas vezes, escusado*”. Note-se que não fica precludida a hipótese de o incidente abrir, a requerimento do administrador de insolvência ou qualquer interessado, nos termos da redacção proposta para o n.º 1 do artigo 188.º do CIRE.

Também o artigo 189.º do CIRE foi objecto de alterações e consagra agora um mecanismo expresso de responsabilidade civil⁷⁵. Com efeito, face à nova redacção da

⁷³ O Conselho Superior da Magistratura já considerou que o prazo de 30 dias é desajustado ao tecido empresarial português, composto por um número significativo de empresas que não se encontram devidamente estruturadas, que não têm um departamento jurídico e que, muitas vezes, quando constata a situação de insolvência, já não têm quem lhes preste serviços de contabilidade – cf. parecer in http://www.apaj.pt/ficheiros/Conselho_superior_Magistratura.pdf.

⁷⁴ Datado de 31 de Agosto de 2011, publicado pela DGPI, e disponível in http://www.apaj.pt/ficheiros/Memorando_%20das_propostas_de_alteracao_%20ao_CIRE.pdf.

⁷⁵ Refere-se expressamente na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII (que veio a dar origem à Lei n.º 16/2012) que entre os seus objectivos está “*o reforço da responsabilidade assacada aos devedores, bem como aos seus administradores de direito ou de facto no caso de estes terem sido causadores da situação de insolvência com culpa*”.

alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve “[c]ondenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afectados”⁷⁶. O legislador veio assim recuperar o regime de responsabilidade pelo passivo a descoberto previsto no artigo 126.º-B do CPEREF e consagrar um regime sancionatório semelhante aos que podemos encontrar em vários outros ordenamentos jurídicos no espaço comunitário⁷⁷.

A propósito da nova redacção do artigo 189.º, já alguns se têm pronunciado. Assim, por exemplo, a Ordem dos Advogados, nos seus *Comentários e Sugestões ao Anteprojecto de Diploma que altera o Código da Insolvência da Recuperação de Empresas*, de 7 de Dezembro de 2011, já considerou que o beneficiário da responsabilidade patrimonial das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência deveria ser a massa insolvente e não os credores directamente, visto que “o lesado directo com a actuação foi a massa”⁷⁸.

Por sua vez, o CSM, em Parecer à Proposta de Lei n.º 39/XII entendeu que a “condenação automática” no ressarcimento prevista na alínea e) pode “consusbtanciar, em termos sistemáticos, quer uma inversão das regras de responsabilidade civil, quer das próprias regras do processo penal”, pelo que “[p]ara evitar a invocação de nulidades ou inclusivamente de juízos de inconstitucionalidade”, seria conveniente esclarecer se essa condenação pressupõe a apreciação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, plasmados no artigo 483.º, n.º 1 do CC, ou se a responsabilidade em causa deve ser equiparada à prevista para os administradores de sociedades pelas dívidas fiscais das pessoas colectivas.

Por seu lado, a Associação Sindical dos Juízes Portugueses, no seu *Parecer ao Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação da*

⁷⁶ Convirá ainda referir que esta alteração deve ser associada à nova redacção da alínea a) do n.º 2 do artigo 189.º, que estipula o dever de o juiz fixar o grau de culpa de cada um dos sujeitos afectados pela insolvência culposa. Diz-nos CATARINA SERRA – *ob. cit.*, p. 101, que a conjugação destas alterações permitirá a observância da regra geral de repartição interna de responsabilidade consagrada no n.º 2 do artigo 497.º do Código Civil.

⁷⁷ No espaço comunitário, podemos distinguir os ordenamentos jurídicos que concedem uma tutela efectiva e expressa aos credores sociais nestas circunstâncias, como o francês, inglês, alemão e espanhol, apresentando outros uma tutela mais enfraquecida, como o italiano. Para uma análise de cada um destes regimes, vd. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – «A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência...», *ob. cit.*, p. 92 ss.

⁷⁸ No mesmo sentido, vd. Maria do Rosário Epifânio – *ob. cit.*, p. 136.

Empresa, de Dezembro de 2011, entende que, para haver condenação, têm de se encontrar verificados os requisitos do artigo 483.º do C. Civil. A ASJP considera ainda que este novo efeito introduz neste apenso de carácter de urgência uma complexidade não compatível com a celeridade desejada nos processos de insolvência e que este apenso não reúne sequer as garantias de defesa apropriadas. À luz deste entendimento, teria sido preferível alterar o artigo 82.º do CSC, de modo a tornar obrigatória a propositura pelo Administrador de Insolvência de uma acção de responsabilidade civil contra os administradores que fossem afectados pela qualificação da insolvência como culposa.

Na doutrina, CATARINA SERRA pensa existir uma desconformidade da alínea e) com o n.º 4 do artigo 189.º, visto que a primeira norma determina que as pessoas afectadas devem indemnizar os credores “*no montante dos créditos não satisfeitos*”, enquanto a segunda coloca a hipótese de não ser possível fixar o valor das indemnizações, “*em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos*”⁷⁹.

Esta mesma autora entende ainda que, para facilitar a prova dos requisitos de insolvência culposa, teria sido oportuno rever o regime de presunções consagradas no n.º 3 do artigo 186.º do CIRE, de modo a tornar-se claro que “*elas não são meras presunções (relativas) de culpa grave mas autênticas presunções (relativas de insolvência culposa (ou de culpa na insolvência))*”.

II.3) Análise Crítica do Regime de Responsabilidade no CIRE

Pessoalmente, acompanhamos CATARINA SERRA quando esta autora refere que a revisão do quadro de efeitos da insolvência culposa, no sentido do reforço da responsabilidade, é “*com certeza mais eficaz do que a anterior tanto no plano preventivo como no plano sucessivo sancionatório e ressarcitório*”⁸⁰. Não obstante, vislumbramos certos aspectos que se poderão revelar manifestamente injustos.

Desde logo, considerando que a não apresentação à insolvência no prazo legal constitui, nos termos do artigo 186.º, n.º 3, al. a) do CIRE uma presunção (ilidível) de

⁷⁹ Vd. CATARINA SERRA – «Emendas à (lei da insolvência) portuguesa...», *ob. cit.*, p. 104 ss. Também o Conselho Superior da Magistratura, no seu já citado parecer, considera que atento o diferente teor dos dois preceitos, o n.º 4 fica esvaziado de aplicação prática.

⁸⁰ Cf. IDEM – *Ibidem*, p. 103.

insolvência culposa, pensamos que o benefício obtido com o encurtamento de 30 dias poderá não compensar os efeitos negativos da medida e entrar mesmo em contradição com o objectivo patenteado na alteração do artigo 36.º, n.º 1, al. i) de evitar a abertura oficiosa de incidentes de qualificação inúteis. Para além disso, com esta alteração, o legislador português concede a esta obrigação de apresentação uma maior penalização, quando comparado com outros regimes comunitários⁸¹.

Em segundo lugar, resulta do teor do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) que o juiz tem um dever de condenar os sujeitos que tenham sido afectados pela qualificação da insolvência como culposa no pagamento do remanescente do valor em dívida, “*até às forças dos respectivos patrimónios*.” Ora, parece-nos desadequado que as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência possam assim ser condenadas no pagamento de montantes manifestamente superiores ao dano que efectivamente tenham gerado no património da sociedade e aos credores sociais^{82 83}.

⁸¹De facto, no ordenamento jurídico espanhol, não obstante as alterações que foram sendo realizadas na *Ley Concursal*, o prazo para apresentação à insolvência manteve-se inalterado em 2 meses (tal como resulta do art. 5.1 da LC), com possibilidade de extensão do mesmo, mediante comunicação pelo devedor insolvente ao tribunal competente da existência de negociações com vista à obtenção de um acordo de financiamento (*acuerdo de refinanciación*) ou de um acordo quanto ao plano de insolvência (*propuesta anticipada de convenio*) – cf. art. 5 *bis* da LC. Por sua vez, o legislador inglês não determinou um prazo para cumprimento da obrigação de apresentação do devedor à insolvência. Já no ordenamento jurídico alemão, não obstante o prazo exigido para a apresentação à insolvência ser menor – até 3 semanas após o conhecimento da insolvência ou da situação patrimonial negativa [cf. § 15a (1) InsO] – a verdade é que, nos termos do § 19 (2) da InsO, na redacção introduzida pela *Finanzmarkstabilisierungsgesetz* (FMStG), a aparente severidade do regime é atenuada com a possibilidade de certas sociedades serem dispensadas do dever de apresentação à insolvência, quando a continuação da empresa for, em concreto, altamente provável. Veja-se que mesmo a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de Novembro de 2011, que contém recomendações à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da UE (2011/2006(INI)), recomenda a aplicação de um prazo compreendido entre 30 e 60 dias após a cessação de pagamentos.

⁸²Pense-se no exemplo de uma sociedade com administrador único que se encontre numa situação económica crítica, não sendo este resultado de uma gestão ineficiente, mas antes do quadro económico difícil que o país atravessa. A sociedade fica insolvente, com um passivo no valor de €10.000.000,00. Todavia, o administrador único não apresenta a sociedade à insolvência dentro do prazo legal (que agora é de 30 dias) e contrai novas dívidas, no valor de €100.000,00. Imagine-se que a insolvência vem a ser decretada a requerimento dos credores sociais e julgada como culposa, com fundamento na não apresentação atempada à insolvência e no agravamento do estado patrimonial da sociedade. Neste caso, o juiz terá de condenar a pessoa afectada (o administrador único) a indemnizar os credores sociais “*no montante dos créditos não satisfeitos*”, embora os únicos danos realmente imputáveis ao administrador sejam a contracção de novas dívidas, no valor de € 100.000,00, e o dano da confiança que possa ter causado aos novos credores sociais. Neste contexto, pode considerar-se que a responsabilidade prevista no artigo 189.º, n.º 2, e) do CIRE será, não uma responsabilidade por danos, nos termos do artigo 483.º do CC, mas antes uma responsabilidade por dívidas, *ex lege*.

⁸³Partindo de um normativo semelhante (o art. 172.3 da *Ley Concursal*), a jurisprudência espanhola tem-se dividido a este respeito sobre a natureza da responsabilidade patrimonial dos administradores sociais, em casos de qualificação da insolvência como culposa. Assim, enquanto uma tendência (dominante na *Audiencia Provincial de Madrid*) entende não ser de exigir prova do nexo causal entre a conduta (culposa) do

Ademais, não podemos deixar de lamentar que o legislador português, ao adoptar um regime de responsabilidade civil na insolvência semelhante ao que se encontra previsto na *Ley Concursal* do país vizinho, não tenha aproveitado para reproduzir também alguns aspectos em que a legislação espanhola nos parece bem mais avisada⁸⁴. Por exemplo, o regime da *responsabilidad concursal* possui um âmbito subjectivo de aplicação mais amplo do que a responsabilidade civil hoje prevista no CIRE, compreendendo não só os administradores de direito e de facto que se encontrem revestidos dessa qualidade no momento do processo, mas também os sujeitos que tenham exercido essas funções nos dois anos anteriores⁸⁵.

Além disso, nos termos previsto no artigo 172. da *Ley Concursal*, sendo o incidente de qualificação de insolvência iniciado em resultado da abertura da fase de liquidação da sociedade e sendo a insolvência qualificada como culposa, assistirá ao juiz um poder para determinar a existência de responsabilidade, não operando esta de forma automática. Diversamente, o CIRE impõe um dever de condenação dos sujeitos afectados pela qualificação da insolvência como culposa⁸⁶.

De resto, não podemos deixar de notar que o legislador português não adoptou, no novo regime de responsabilidade falimentar, quaisquer mecanismos de tutela adicionais⁸⁷,

administrador e o dano (défice concursal), bastando a verificação dos pressupostos objectivos de insolvência culposa, outra tendência (encabeçada pela *Audiencia Provincial de Barcelona*) entende que se exige a prova do dano (défice concursal), da conduta gravemente negligente e dolosa e do nexo causal entre ambos. A respeito da primeira dessas tendências, vd. *sentencia de 5 de febrero de 2008 da 28.ª sección especializada de lo Mercantil*, da *Audiencia Provincial de Madrid* e, por outro lado, aproximando-se da posição da *Audiencia Provincial de Barcelona*, vd. lado, o Tribunal Supremo parece aproximar-se da posição da *Audiencia Provincial de Barcelona*, como resulta da *sentencia* de 21-03-2012, STS 2542/2012, do Tribunal Supremo.

⁸⁴ Para uma análise da coordenação entre os regimes de insolvência e responsabilidade civil no Direito espanhol, vd. entre outros LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA – «La Responsabilidad Concursal de los Administradores de Sociedades de Capital», in LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA & MANUEL M.ª SÁNCHEZ ALVÁREZ (coord.) – *Comentarios a la Ley Concursal*, Colección Garrigues, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 701-721, p. 716 ss.; F. JAVIER ARIAS VARONA – «Instituciones preconcursales. Responsabilidad de administradores sociales y concurso - Dónde está y hacia dónde se dirige el Derecho español?», in *Revista E-mercatoria*, Vol. 10, N.º 2, 2011, disponível in <http://ssrn.com/abstract=1987238>, p. 224 ss; e ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ – «La Responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación», in *RDCP*, N.º 14, 2011, p. 97-105, p. 98 ss.

⁸⁵ Para uma análise do âmbito subjectivo da responsabilidade civil no incidente de qualificação no âmbito do Direito espanhol vd. INMACULADA GONZÁLEZ CABRERA – «La Responsabilidad Concursal de los Administradores Sociales Ex Art. 172 bis del Proyecto de Reforma de La Ley Concursal», in *RDCP*, N.º 15, 2011, p. 355-365, p. 356 ss. e FERNANDO MARÍN DE LA BARCENA – «Reformas en Materia de Calificación Concursal», in *RDCP* N.º 16, 2012, p. 97-102, p. 101 ss.

⁸⁶ Quanto a esta questão, vd. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ – *ob. cit.*, p. 102 ss. e INMACULADA GONZÁLEZ CABRERA – *ob. cit.*, p. 363 ss.

⁸⁷ Também CATARINA SERRA – *ob. cit.*, p. 105, critica a falta de instrumentos que permitam assegurar a eficácia do novo mecanismo de responsabilidade no CIRE e chega mesmo a propor que, para obstar a que os

quando teria sido útil instituir um preceito semelhante ao artigo 48.3 da *Ley Concursal*, por força do qual, o juiz pode ordenar a penhora de bens e de direitos dos administradores de direito ou de facto do devedor nos dois anos anteriores à data da declaração da insolvência, verificados dois requisitos: (i) quando pareça fundada a possibilidade de que a insolvência venha a ser qualificada como culposa; e (ii) quando a massa insolvente seja insuficiente para o pagamento de todos os créditos da insolvência⁸⁸. Note-se que já no n.º 3 do artigo 76.º do Anteprojecto do CIRE se previa um preceito semelhante, embora a consequência aí prevista fosse o arresto de bens e direitos.

Ora, sem prejuízo das críticas *supra*, reconhecemos aqui a utilidade da nova alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE, esperando que a aplicação jurisprudencial da mesma venha a fomentar o reforço da responsabilidade assacada aos gerentes e administradores, de direito ou de facto, no caso de estes terem sido causadores, com culpa, da situação de insolvência da sociedade.

Mais, conforme se referiu, esta alteração veio aproximar o Direito da Insolvência português a outros ordenamentos jurídicos no espaço europeu, o que aliás reflecte uma tendência visível de harmonização comunitária dos regimes sancionatórios para os sujeitos que tenham culpa na criação ou no agravamento da insolvência. Note-se que os propósitos de harmonização neste campo foram anunciados no *Final Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, de 4 de Novembro de 2002⁸⁹ e recentemente reiterados, nas recomendações do Parlamento Europeu à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da EU, de 15 de Novembro de 2011⁹⁰.

responsáveis possam esvaziar antecipadamente os seus patrimónios, inviabilizando o cumprimento da obrigação de indemnização, se considere estender a resolução em benefício da massa àqueles actos que, não obstante serem praticados por pessoa diversa do insolvente e afectarem patrimónios diversos da massa, são de igual modo prejudiciais aos direitos dos credores.

⁸⁸ Nos termos da lei espanhola, o montante da penhora será determinado pelo juiz, através de uma estimativa. Porém, esta medida pode ser substituída por um aval, prestado por uma entidade de crédito. Para uma análise deste ponto, vd. ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ – *ob. cit.*, p. 101 ss. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO – *ob. cit.*, p. 113, dá-nos conta que este preceito tem sido alvo de críticas, por possibilitar “a penhora de bens e direitos de administradores, de direito ou de facto – quer se trate daqueles que possam ser declarados culpados pela insolvência, quer dos outros – com base na mera possibilidade fundada de que a insolvência seja declarada culposa e de que a massa não seja suficiente”.

⁸⁹ Disponível in http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#.

⁹⁰ Disponível in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0484+0+DOC+XML+V0//PT>.

Conforme veremos no Capítulo que se segue, a intenção de obrigar os Estados-Membros a estabelecer normas que responsabilizem os administradores em caso de insolvência culposa da sociedade e que prevejam sanções efectivas, proporcionadas e dissuasoras, está intimamente ligada ao fenómeno do *forum shopping* nas insolvências intra-comunitárias.

CAPÍTULO III

REGIMES DE RESPONSABILIDADE E *FORUM SHOPPING*

III.1) Da Concorrência entre Regimes Jurídicos

Nos EUA, onde o fenómeno de arbitragem regulamentar tem já vetustos pergaminhos, é comum encontrar três posições divergentes a propósito da utilidade do fórum shopping no âmbito jurídico-societário⁹¹:

- i) A de que a concorrência entre os regimes jurídicos dos vários Estados favorece os administradores das sociedades, em detrimento dos accionistas, numa “*corrida para o fundo*” [“*race to the bottom*”];
- ii) A de que os administradores tenderão a escolher o Estado cujas leis forem mais eficientes na criação de valor para o accionista, pelo que a concorrência entre sistemas jurídicos incentiva os Estados a adoptarem a legislação mais eficiente [“*race to the top*”];
- iii) Uma posição intermédia, segundo a qual a concorrência entre sistemas jurídicos nacionais oferece vantagens, mas também acarreta inconvenientes, pelo que haverá certas questões que devem ser objecto de regulação federal ou de harmonização normativa.

Na União Europeia, o fenómeno do *forum shopping* é, desde há muito, legitimado pelo quadro das liberdades comunitárias, designadamente a liberdade de estabelecimento (cf. artigos 49.º e 54.º do TFUE)⁹². Torna-se notório que, a partir dos anos 90, a concorrência entre regimes jurídicos no seio da UE tem vindo a ser favorecida pela jurisprudência do TJ e pela doutrina⁹³, de tal forma que já nas Conclusões apresentadas em

⁹¹Vd. DAVID CHARNY – «Competition among jurisdictions in formulating corporate law rules: a American perspective on the “race to the bottom” in the European Communities», in *Harvard Int. L. J.*, N.º 32, 1991, p. 423-456, p. 430 ss.

⁹²A respeito da jurisprudência do TJ sobre liberdade de estabelecimento, veja-se ALEXANDRE MOTA PINTO – «Apontamentos sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades», in *Temas de Integração*, N.º 17, 2004, p. 59-120.

⁹³Vd. NORTBERT REICH – «Competition between legal orders: a new paradigm of EC law?», in *CMLR*, Vol. 29, N.º 5, 1992, p. 861-896; MASSIMO BENEDETTELLI – «“Mercato” comunitario delleregole e riforma del diritto societario italiano», in *Rivista delle Società*, Ano 48, F. 4, 2003, p. 699-722 e LUÍS DE LIMA PINHEIRO – «Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado», in *O Direito*, n.º 139, Vol. II, 2007, p. 255-281.

16 de Julho de 1998, no âmbito do processo C-212/97, o Advogado-Geral Antonio La Pergola afirmava que “*na ausência de harmonização, é a concorrência entre sistemas normativos («competition among rules») que deve poder exercer-se livremente, mesmo em matéria de sociedades comerciais*”⁹⁴.

No âmbito do Direito Societário, a promoção deste fenómeno concorrencial surge ligada à trilogia dos casos *Centros*⁹⁵, *Überseering*⁹⁶ e *Inspire Art*⁹⁷, bem como, em certa medida, à decisão proferida no processo *Cartesio*⁹⁸, considerando o TJ que o aproveitamento, por um particular, das dissemelhanças entre os regimes jurídicos dos Estados-Membros, de modo a poder beneficiar do sistema mais favorável, é inerente à ideia de mercado único e ao exercício da liberdade de estabelecimento.

⁹⁴ Refere o Advogado-geral La Pergola, no Ponto 20 das Conclusões do processo *Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (Processo C-212/97), que a competição de ordens jurídicas “*contribui para o objectivo pelo qual foi instaurada a liberdade comunitária de estabelecimento: favorecer a livre circulação de pessoas (e de capitais) e, através dela, a realização de um mercado comum*”. Também o Advogado-geral Jarabo Colomer, nas Conclusões do já citado processo *Staubitz-Schreiber*, afirmou que “*Se forum shopping significa a procura, pelo demandante, da competência judicial internacional que se mostre mais favorável às suas pretensões, não há dúvida de que, na falta de uniformidade jurídica dos diferentes sistemas de direito internacional privado, este fenómeno devia ser aceite como uma consequência natural, não censurável (...) Representa apenas uma optimização das possibilidades processuais, fruto da existência de foros concorrentes, que nada tem de ilícito*”.

⁹⁵Cf. Ac. do TJ de 9/03/1999, Proc. C-212/97: *Centros v. Erhverds – og Selskabsstyrelsen*, Colect. 1999, p. I-01459. A seu propósito, vd. FEDERICO MUCCIARELLI – «Libertà distabilimento comunitaria e concorrenza straordinamenti societari», in *Giurisprudenza Commerciale*, 2000, Parte II, p.559-579; e ANDREA PERRONE – «Dalla libertà distabilimento alla competizione fragliordinamenti? Riflessioni sul “caso Centros”», in *Rivista dele Società*, Ano 46, F. 5, 2001, p.1292-1307.

⁹⁶Cf. Ac. do TJ de 5/11/2002, Proc. C-208/00: *Überseering BV v. Nordic Construction Company*, Colect. 2002, I, p. I-09919. Sobre este acórdão, vd. TITO BALLARINO – «Sullamobilità delle società nella Comunità Europea. Do Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie», in *Rivista dele Società*, Ano 48, F. 4, 2003, p.669-698; EDDY WYMEERSCH – «Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo», in *Rivista dele Società*, Ano 48, F. 4, 2003, p.723-764; STEFANO LOMBARDO – «La libertà comunitária distabilimento dele società dopo il “caso Überseering”: traarmonizzazione e concorrenzastraordinamenti», in *Banca, Borsa e Titolidi Credito*, Vol. 56, Parte I, 2003, p. 456-479; e, entre nós, MARIA ÂNGELA BENTO SOARES – «A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia», in *Temas de Integração*, N.ºs 15 e 16, 2003, p. 283-321.

⁹⁷Cf. Ac. do TJ, de 30/09/2003, Proc. C-167/01: *Inspire Art Ltd*, Colect. 2003, p. I-10155. Sobre este acórdão, vd. em especial MARIA ÂNGELA BENTO SOARES – «O Acórdão Inspire Art Ltd.: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia», in *Temas de Integração*, n.º 17, 2004, p. 123-159.

⁹⁸Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de Dezembro de 2008, Caso C-210/06: *CARTESIO*, Colect. 2008, p. I-09641. Sobre este acórdão, vd. ANTONIO FRADA DE SOUSA – *Company’s Cross-Border Transfer of Seat in the EU after Cartesio*, in <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090701.pdf>; GILBERT PARLEANI – «L’arrêt Cartesio, ou l’ingenieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés», in *Revue des Sociétés*, N.º 1, 2009, p. 147-162; ROBERT KOVAR – «La mobilité des sociétés dans l’espace européen», in *Recueil Dalloz*, N.º 7, 2009, p. 465-470; e ALEXIA AUTENNE – «Cartesio – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités», in *Cahiers de Droit Européen*, N.º 12, 2009, p. 91-125.

Estas considerações serão transponíveis, *mutatis mutandis*, para o plano do Direito da Insolvência, de tal forma que a própria escolha do CIP como conexão relevante para determinar o foro e a lei competentes reflecte uma opção deliberada e consciente por um elemento de conexão que é, por natureza, mutável⁹⁹. A este respeito, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA afirma que, embora o legislador comunitário tenha afirmado, no Considerando 4 do Regulamento 1346/2000, que pretendeu evitar o *forum shopping*, há que proceder aqui a uma distinção entre situações de *forum shopping* lícito e ilícito¹⁰⁰.

A respeito dessa distinção, pensamos que a deslocação do CIP de uma sociedade pré-insolvente, de modo a obter a protecção de um regime de insolvência mais favorável, não pode deixar de estar sujeita a certas balizas que obstem a que as liberdades comunitárias e o regime do Regulamento n.º 1346/2000 sejam usados de forma ilegítima, através da manipulação artificial do elemento de conexão. E, na medida em que esta matéria tem sido tratada, pela jurisprudência e doutrina comunitárias, no campo dos institutos da ordem pública internacional e da proibição de condutas abusivas, apresentaremos de seguida uma (brevíssima) análise do papel que estas figuras podem, em nosso entender, desempenhar na questão em apreço.

III.2) Excepção de Ordem Pública e Proibição de Práticas Abusivas

Logo à partida, podemos questionar se, em determinadas circunstâncias, a mudança da localização do CIP de uma sociedade em crise não poderá configurar uma violação da cláusula de ordem pública internacional do Estado de reconhecimento, nos termos do artigo 26.º do Regulamento 1346/2000¹⁰¹.

Ora, já no acórdão *Krombach*, a propósito do artigo 27.º, n.º 1 da Convenção de Bruxelas (actual artigo 35.º, n.º 1 do Regulamento 44/2001, Bruxelas I), veio o TJ precisar

⁹⁹ Vd. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – *ob. cit.*, p. 89.

¹⁰⁰ Vd. IDEM – *Ibidem*, p. 90 e HÖRST EIDENMÜLLER – «Abuse of Law in Context of European Insolvency Law», in *ECFLR*, 2009, in <http://ssrn.com/abstract=1353932>, p. 10 ss.

¹⁰¹ Determina o referido preceito que “[q]ualquer Estado-Membro pode recusar o reconhecimento de um processo de insolvência aberto noutro Estado-Membro ou execução de uma decisão proferida no âmbito de um processo dessa natureza, se esse reconhecimento ou execução produzir efeitos manifestamente contrários à ordem pública desse Estado, em especial aos seus princípios fundamentais ou aos direitos e liberdades individuais garantidos pela sua Constituição”. Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 3.ª ed. refundida, Coimbra: Almedina, 2009, p. 483, esta é uma cláusula geral que só funciona em casos excepcionais e que abrange princípios fundamentais, tanto materiais como processuais. Para mais desenvolvimentos, vd. MIGUEL VIRGÓS SORIANO & ETIENNE SCHMIT – *ob. cit.*, n.º 204 e 206.

que a cláusula de ordem pública deve ser objecto de uma interpretação restrita e intervir apenas em casos excepcionais, sendo certo que, “*embora não caiba ao Tribunal de Justiça definir o conteúdo da ordem pública de um Estado contratante, incumbe-lhe contudo controlar os limites no quadro dos quais o órgão jurisdicional de um Estado contratante pode recorrer a esse conceito para não reconhecer uma decisão de um órgão jurisdicional de outro Estado contratante*”.

Mais referiu o Tribunal de Justiça, no referido acórdão, que “[o] recurso à cláusula de ordem pública (...) só é concebível quando o reconhecimento ou a execução da decisão proferida noutro Estado contratante viole de uma forma inaceitável a ordem jurídica do Estado requerido, por atentar contra um princípio fundamental. A fim de respeitar a proibição de revisão de mérito da decisão estrangeira, esse atentado devia constituir uma violação manifesta de uma regra de direito considerada essencial na ordem jurídica do Estado requerido ou de um direito reconhecido como fundamental nessa ordem jurídica”¹⁰².

Resulta do *supra* exposto que a cláusula de ordem pública não é um conceito de tal forma indeterminado que possam os Estados-Membros incluir nele toda e qualquer disposição nacional que repute de natureza fundamental. Assim, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA considera que meras divergências entre os Direitos da insolvência nacionais – mesmo que estando em causa normas imperativas do Estado de reconhecimento – “*não podem implicar, por si só, uma violação dos princípios ou direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, da ordem jurídica desse Estado de reconhecimento, abrangidos pela noção de ordem pública do artigo 26.º do Regulamento*”¹⁰³.

Neste contexto, não cremos que as autoridades jurisdicionais do Estado onde se situava o CIP de uma sociedade pré-insolvente possam invocar violação da cláusula de ordem pública internacional, se a administração da referida sociedade tiver manipulado o elemento de conexão e transferido, ficticiamente, a sua sede para outro Estado, com vista a beneficiar de um regime de responsabilidade civil mais favorável.

Por outro lado, pode entender-se que a manipulação de elementos de facto ou de Direito de que dependa o estabelecimento da competência internacional, com o único fito

¹⁰² Ulteriormente, nos já citados casos *Eurofood e Gdynia*, o TJ veio considerar que “[e]ssa jurisprudência pode ser transposta para efeitos da interpretação do artigo 26.º do regulamento (1346/2000)”.

¹⁰³ Cf. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – ob. cit., p. 79.

de privar de competência os tribunais de determinado Estado-Membro, poderá constituir fraude à lei ou prática abusiva¹⁰⁴. De facto, a proibição de condutas abusivas parece constituir um princípio geral do Direito da União Europeia¹⁰⁵, de tal forma que o TJ tem vindo a afirmar, de modo constante, que os particulares não podem abusiva ou fraudulentamente prevalecer-se das normas comunitárias, pelo que são ilegítimas, operações realizadas por operadores económicos “*com o único objectivo de beneficiar abusivamente das vantagens previstas pelo direito comunitário*”¹⁰⁶.

Importa, pois, assinalar que para que uma prática de *forum shopping* possa ser considerada conduta abusiva, a mesma deve poder ser considerada como um “*expediente puramente artificial, desprovido de realidade económica*”¹⁰⁷. Este parece ser um limite bastante exigente, na medida em que, se a operação realizada pelo particular, tendo em vista pôr-se a coberto das normas que lhe conferem a vantagem pretendida, tiver alguma

¹⁰⁴ Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado*, Vol. III, 2.^a ed. refundida, Coimbra: Almedina, 2012, p. 52, “[a] relevância da fraude à lei em face das normas de competência internacional de fonte internacional e europeia vigentes na ordem jurídica portuguesa é uma questão em aberto”. A. KJLLGREN – «On the Border of Abuse - The Jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and other misuses of Community Law», in *EBLR*, Vol. 11, 2000, p. 179-194, p. 180, refere que a fraude pode ser configurada como uma forma de abuso. Contra, HÖRST EIDENMÜLLER – ob. cit., p. 7.

¹⁰⁵ Neste sentido, vd. as Conclusões do Advogado-geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas em 7/04/2005, Proc. *Halifax e.o* (C-255/02) e RITA DE LA FERIA – Prohibition of Abuse of (Community) Law – The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax», in *CMLR*, Vol. 45, N.º 2, 2008, p. 395-442. Para uma análise comparada da utilização deste princípio nos vários ramos do Direito Comunitário, vd. LUCA CERIONI – «The “Abuse of Right” in EU Company Law and EU Tax Law: a Re-reading of the ECJ case-law and the Quest for a Unitary Notion, in *EBLR*, Vol. 21, 2010, p. 783-813. Note-se ainda que, segundo ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – ob. cit., p. 82, “[a]pós a entrada em vigor do Regulamento, a proibição do abuso de direito pode ser encarada como um princípio susceptível de integrar a ordem pública do Estado-Membro de reconhecimento, na acepção do artigo 26.º do Regulamento”.

¹⁰⁶ Cf., por todos, os Ac. do TJ de 21/02/2006, *Halifax e.o.*, C-255/02, Colect. p. I-1609, n.ºs 68 e 69 e de 12/09/2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Colect. p. I-7995, n.º 66 e ss. Nas suas Conclusões no processo *Halifax e.o.*, o Advogado-geral Miguel Poiares Maduro distinguiu dois elementos objectivos que permitem invocar a existência de abuso de direito: “*Primeiro, quando os objectivos e resultados prosseguidos pelas disposições jurídicas (...) ficassem frustrados se esse direito fosse conferido. Segundo, quando o direito invocado resulte de actividades económicas para as quais não existe objectivamente outra justificação senão dar origem ao direito reivindicado*”.

¹⁰⁷ Cf. Acórdãos do TJ de 13-03-2007, *Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Colect., p. I-2107, n.º 72 e ss. e de 8-11-2007, *Ing Auer*, C-251/06, Colect. p. I-9689, n.º 44. HÖRST EIDENMÜLLER – ob. cit., p. 13, vai mesmo mais longe e defende um critério de “*mudança eficiente*” para distinguir, no contexto de uma pré-insolvência, as alterações de sede legítimas das abusivas. Contra, vd. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – ob. cit., p. 95.

explicação para além da mera obtenção dessa vantagem, fica em princípio excluída a existência de qualquer prática abusiva¹⁰⁸.

Portanto, a questão de saber se há um *forum shopping* ilegítimo (e, por esse motivo, uma prática abusiva), quando a administração de uma sociedade em risco de insolvência muda o seu CIP para um Estado-Membro com um regime de responsabilidade civil mais favorável, depende das circunstâncias factuais do caso em concreto¹⁰⁹. Se tiver ocorrido uma operação de deslocação meramente artificial – i.e., sem que exista um motivo para essa deslocação que não a sujeição dos administradores a um regime de responsabilidade civil mais favorável – podemos considerar que tal operação foi realizada de modo abusivo¹¹⁰.

Ora, atendendo às onerosas limitações que se impõem à verificação de *forum shopping* ilícito, consideramos que, no campo que aqui concretamente tratamos, a concorrência entre legislações societárias deveria ser temperada com alguma harmonização legislativa, temática que passaremos doravante a analisar¹¹¹.

III.3) Da Harmonização Intracomunitária

A questão que aqui nos traz não passou despercebida no seio da Comunidade. Desde logo, no seguimento do que havia sido proposto pelo *High Level Group of Company Law Experts*¹¹², a Comissão Europeia publicou, em Maio de 2003, um *Action Plan* no campo do Direito Societário que recomendava a adopção, a médio prazo, de um regime de responsabilidade dos administradores e pela “negligência comercial”, semelhante ao modelo inglês de *wrongful trading*¹¹³.

¹⁰⁸ O Tribunal de Justiça já referiu, no n.º 75 do acórdão *Halifax*, que “a proibição de práticas abusivas não é relevante nos casos em que as operações em causa possam ter alguma explicação para além da mera obtenção de [vantagens fiscais]”.

¹⁰⁹ Cf. HÖRST EIDENMÜLLER – *ob. cit.*, p. 7.

¹¹⁰ Nesse sentido, a propósito de mudanças com o objectivo de permitir ao devedor obter uma exoneração do passivo restante em condições mais favoráveis, cf. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA – *ob. cit.*, p. 98.

¹¹¹ Também neste sentido, vd. LUÍS DE LIMA PINHEIRO – «Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia ...» *ob. cit.*, p. 271 ss.

¹¹² Vd. o *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, já citado, p. 68 ss.

¹¹³ Cf. «Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia - Uma estratégia para o futuro», COM, (2003), p. 18 ss, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:PT:PDF>.

Mais recentemente, o *INSOL Europe Report*¹¹⁴ procurou analisar a necessidade e conveniência da harmonização do regime de insolvência a nível comunitário, considerando que a responsabilidade dos administradores na insolvência se encontra entre as áreas em relação às quais a harmonização seria viável e desejável, com vista a obstar ao recurso ao *forum shopping*¹¹⁵. Este Relatório sugere que se proceda a uma harmonização quanto aos seguintes parâmetros: (i) competência para despoletar este tipo de responsabilidade; (ii) âmbito subjectivo da responsabilidade; (iii) pressupostos de aplicação e (iv) montantes de indemnização aplicáveis a este tipo de responsabilidade¹¹⁶.

Na doutrina, os defensores desta harmonização debatem-se, *de iure condendo*, pela determinação do modelo de responsabilidade a adoptar, dividindo-se as preferências pelas soluções encontradas nos ordenamentos jurídicos inglês e alemão¹¹⁷. Pessoalmente, consideramos que, atendendo às suas características, o modelo que asseguraria maior protecção aos credores sociais, bem como uma maior facilidade de aplicação, seria o regime alemão¹¹⁸.

Veja-se que, por exemplo, o legislador germânico consagrou, no §15a da *InsO* (*Insolvenzordnung*) o dever de apresentação da sociedade à insolvência, no prazo máximo de três semanas, contado a partir do momento em que a sociedade esteja insolvente¹¹⁹. Por contraste, no ordenamento jurídico inglês, não existe uma obrigação legal de apresentação à insolvência. Nesse sistema, um administrador pode ser responsabilizado de acordo com a figura do *wrongful trading*¹²⁰, caso se verifiquem três requisitos cumulativos: (i) que a

¹¹⁴ Cf. o Relatório do Parlamento Europeu: *Harmonization of the insolvency laws at the EU level*, disponível in <http://www.insol-europe.org/eu-research/harmonisation-of-insolvency-law-at-eu-level/>.

¹¹⁵ Neste sentido, é referido no Relatório que “[t]he laws of EU Member States contain significantly different rules on the liability of directors, shadow directors (...) increasing forum shopping and reducing good corporate governance” (cf. p. 9).

¹¹⁶ Cf. p. 22 do Relatório.

¹¹⁷ Quanto a este ponto, TETYANA BERSHEDA – «Insolvency Act 1986, Section 214: A Model for the European Initiative on wrongful trading?», in *CSLR*, Vo. 1, 2005, p. 63-73, p. 65 ss, categoriza o sistema de responsabilidade inglês como sendo “a broad comprehensive standard” e, por seu turno, o sistema de responsabilidade alemão como apresentando uma “bright-line rule”.

¹¹⁸ Neste sentido vd. THOMAS BACHNER, «Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?», in *EBLR*, N.º 5, 2004, p. 293-319, p. 296.

¹¹⁹ Para a determinação do estado de insolvência, atender-se-á à existência da situação de *Zahlungsfähigkeit*, ou seja, à incapacidade de a sociedade proceder ao pagamento das suas dívidas ou à situação de *Überschuldung*, que se verificará quando a sociedade se encontre sobre endividada. Cfr THOMAS BACHNER – ob. cit., p. 300 e MICHEL SCHILLIG – «The Transaction from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?», in *ECFR*, 2010, p. 116-157, p. 127.

¹²⁰ Cfr. *Section 214* do *Insolvency Act* de 1986. De acordo com este instituto, tendo o *director* potenciado o estado de insolvência da sociedade, poderá ser condenado a contribuir para o património desta última, no montante que o Tribunal entenda necessário.

sociedade esteja insolvente [section 214 (1) (a)], (ii) que o sujeito em questão seja ou tenha sido administrador ou “administrador na sombra”¹²¹ (section 214 (7)) e (iii) que tenha potenciado a contracção de dívidas quando sabia ou deveria saber que a sociedade não conseguiria evitar o estado de insolvência. Do exposto, resulta que o modelo de responsabilidade *wrongful trading* suscita dúvidas quanto ao momento em que devem os administradores apresentar a sociedade à insolvência¹²², cabendo aos tribunais a complicada tarefa de concretizar temporalmente esse dever¹²³.

Igualmente relevante será o facto de que, na determinação da indemnização devida pelos administradores, o ordenamento jurídico alemão procede à distinção entre novos credores (*Neugläubiger*), ou seja, aqueles que contrataram com a sociedade num momento em que esta já deveria ter sido apresentada à insolvência e os antigos credores (*Altgläubiger*), isto é, aqueles sujeitos que eram credores da sociedade num a fase precedente ao momento relevante para apresentação à insolvência¹²⁴, distinção que não tem equiparação no ordenamento jurídico inglês.

De qualquer modo, atendendo à relevância do regime de responsabilidade dos administradores e gerentes na crise da empresa e aos efeitos perniciosos que *o forum shopping* pode produzir neste campo, consideramos que a harmonização seria desejável. Na verdade, parece-nos que se verificam *in casu* os pressupostos que permitem recomendar a adopção de medidas de harmonização comunitária: (i) uma falha no mercado comunitário, que deveria ser corrigida; (ii) os Estados-Membros, por si só, não podem ou pretendem proceder à devida correcção; e (iii) a regra de harmonização apresentaria claras vantagens para o bom funcionamento do mercado comunitário¹²⁵. Todavia, embora, *de iure condendo*, pugnemos por esta solução, reconhecemos que, como se tem revelado tardia e débil a intervenção da Comunidade na harmonização de matérias societárias, a harmonização poderá não se revelar viável a curto prazo.

¹²¹ Para uma definição de *shadow director*, vd. PAUL DAVIES – «Directors Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency», in *EBLR*, 7, 2006, p. 301-337, p. 312.

¹²² Vd. PAUL DAVIES – ob. cit., p. 317 ss. THOMAS BACHNER – ob. cit., p. 309, refere mesmo que o carácter flexível do modelo britânico sacrifica a segurança de uma certeza legal.

¹²³ Cf. HOLGER FLEISCHER – «The Responsibility of the Management and its Enforcement», in *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, 2004, p. 397.

¹²⁴ Vd. THOMAS BACHNER – ob. cit., p. 316 ss. e HOLGER FLEISCHER – ob. cit., p. 400.

¹²⁵ Cf. LUCAS ENRIQUES – *Company Law Harmonisation Reconsidered: What Role for the EC?*, Working Paper N° 53/2005, p. 4 ss, in <http://ssrn.com/abstract=850005>; VAHAGN MOVSESYAN – *Regulatory Competition Puzzle: The European Design*, LEM Papers Series N. 2006/30, p. 21, disponível in <http://ssrn.com/abstract=985319>.

Conclusão

Em face da crescente internacionalização empresarial, fruto da era da globalização e da integração europeia, a insolvência de uma sociedade comercial pode adquirir contornos transfronteiriços, realidade que levanta complexos problemas ao nível do Direito da Insolvência e do Direito Internacional Privado.

No espaço europeu, o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 veio estabelecer normas relativas à determinação da competência internacional e do direito aplicável e ao reconhecimento de decisões judiciais, com vista a melhorar a eficácia e eficiência nos processos de insolvência transfronteiriços, assegurar o bom funcionamento do mercado interno e combater os efeitos indesejáveis do *forum shopping*.

Todavia, mantém-se na Europa a disparidade de regimes nacionais, processuais e substantivos da insolvência. Tal sucede, desde logo, porque um direito falimentar comum a todos os Estados-Membros se apresenta, pelo menos a curto prazo, como uma empreitada inviável. As referidas disparidades são patentes na questão concreta que é objecto da presente Dissertação: a responsabilidade dos gerentes e administradores pela actuação na crise da empresa.

No CIRE português, até à sua sexta alteração, o regime de responsabilidade pela insolvência culposa mostrava-se manifestamente enfraquecido e porventura deficitário. No entanto, com a redacção introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, o legislador procurou assegurar uma maior e mais eficaz responsabilização dos administradores da pessoa colectiva, logrando produzir um sistema que será, com certeza, mais eficaz do que a anterior, tanto no plano preventivo, como no plano sucessivo, sancionatório e ressarcitório.

Neste contexto, poder-se-á colocar o problema de eventual “fuga” de sociedades pré-insolventes, às quais deveria ser aplicado o direito falimentar português, para outros ordenamentos jurídicos europeus, nos quais vigorem regimes de responsabilidade de administradores mais vantajosos. Tal pode ser feito através de uma manipulação artificial da localização do CIP da sociedade, o que constitui, em nosso entender, uma forma indesejável de *forum shopping*.

No decurso da nossa exposição, tivemos oportunidade de constatar que este problema encontra fraca resposta nos mecanismos hodiernos do Direito Europeu,

mormente a cláusula de ordem pública internacional, presente no artigo 26.º do Regulamento n.º 1346/2000, e o princípio da proibição de condutas abusivas.

Em face do exposto, cremos que a harmonização comunitária do regime de responsabilidade de administradores na insolvência revelar-se-ia a solução mais desejável e com maiores benefícios, quer para a tutela dos credores sociais, quer para o bom funcionamento do mercado interno. Não ignoramos que a sua execução possa apresentar-se como desafiadora ou mesmo inviável, mas como já dizia Mandela, *“Tudo parece impossível até que seja feito”*.

Porto, 31 de Maio de 2012,

Cátia da Silva Ferreira

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, COUTINHO DE – «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades», in: Cadernos do IDET, N.º 5, 2ª ed., 2010.
- ARIAS VARONA, F. JAVIER – «Instituciones preconcursales. Responsabilidad de administradores sociales y concurso - Dónde está y hacia dónde se dirige el Derecho español?», in Revista E-mercatoria, Vol. 10, N.º 2, 2011, disponível in <http://ssrn.com/abstract=1987238>.
- ARRIBAS HERNANDEZ, ALBERTO – «La Responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación», in RDGP, N.º 14, 2011, p. 97-105.
- AUTENNE, ALEXIA – «Cartesio – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités», in Cahiers de Droit Européen, N.º 12, 2009, p. 91-125.
- BACHNER, THOMAS – «Wrongful Trading – a new European model for creditor protection?», in European Business Organization Law Review, 2004, pp. 293-319.
- BALLARINO, TITO – «Sullamobilità delle società nella Comunità Europea. Do Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie», in Rivista delle Società, Ano 48, F. 4, 2003, p. 669-698;
- BEBCHUK, LUCIEN ARYE & GUZMAN, ANDREW T. – «An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies», in J.L. & Econ., Vol. 42, 1999, p. 775-806.
- BENEDETTELLI, MASSIMO V. – «“Centro degli interessi principali” del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera», in RDIPP, Vol. 40, F. 2, 2004, p. 499-530.
- BENEDETTELLI, MASSIMO V. – «“Mercato” comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano», in Rivista delle Società, Ano 48, F. 4, 2003, p. 699-722.
- BERSHEDA, TETYANA - «Insolvency Act 1986, Section 214: A Model for the European Initiative on wrongful trading?», disponível online no endereço electrónico http://www.cslr.org.uk/index?option=com_journal&task=article&mode=pdf&format=raw&id=14).
- BLOCK-LIEB, SUSAN & HALLIDAY, TERENCE – «Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law», in Tex. Int'l L.J., Vol. 42, 2007, p. 475-514.

- BRITO, Maria HELENA – «Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», in Themis, edição especial, 2005, p. 183-220.
- BUFFORD, SAMUEL – «Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki», in ABLJ, n.º 79, 2005, p. 105 ss..
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS & CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER – Derecho Concursal Internacional, Madrid: Ed. Colex, 2004.
- CAMPOS, JOÃO MOTA DE & CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE – Manual de Direito Europeu. O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CERIONI, LUCA – «The “Abuse of Right” in EU Company Law and EU Tax Law: a Re-reading of the ECJ case-law and the Quest for a Unitary Notion, in EBLR, Vol. 21, 2010, p. 783-813.
- CESARI, PATRIZIA DE – «Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», in RDIPP, Vol. 39, F. 1, 2003, p. 55-84.
- CHAPUT, YVES – «Centre des intérêts principaux et catégories juridiques de l'insolvabilité des entreprises (à propos de l'arrêt de la CJCE du 2 mai 2006)», in RLDA, N.º 6, 2006, p. 26-32.
- CHARNY, DAVID – «Competition among jurisdictions in formulating corporate law rules: a American perspective on the “race to the bottom” in the European Communities», in Harvard Int. L. J., N.º 32, 1991, p. 423-456.
- CHUNG, JOHN J. – «The New Chapter 15 of the Bankruptcy Code: A Step Toward Erosion of National. Sovereignty», in Nw. J. Int'l L. & Bus., Vol. 27, 2006, p. 89-135.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais, Lisboa: Lex., 1997.
- CORREIA, MIGUEL PUPO – «Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade», in ROA, Vol. II, Ano 61, 2001, p. 667-698.
- CRESPI, SERENA – «Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza cartesio», in Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Ano XLV, N.º 4, 2009, p. 869-890;
- DANIELE, LUIGI – «Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza», in RDIPP, Vol. 38, F. 1, 2002, p. 33-50.

- DAVIES, PAUL – «Directors' creditor-regarding duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency», in *European Business Organization Law Review*, 2006, pp. 301-337.
- EIDENMÜLLER, HÖRST – «Abuse of Law in Context of European Insolvency Law», in *ECFLR*, 2009, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1353932>.
- ENRIQUES, LUCAS, «Company Law Harmonisation Reconsidered: What Role for the EC?», Working Paper n.º 53/2005, 2005, p. 4-16, disponível para consulta em <http://ssrn.com/abstract=850005>.
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO – «Efeitos da declaração de Insolvência sobre o Insolvente no Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas» in *Direito e Justiça* 19, Lisboa, 2005, p. 193 ss.
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO – *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, 2012.
- ESPLUGUES MOTA, CARLOS – «La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: de la hambruna al exceso?», in *CDC*, N.º 27, 1998, p. 45-80;
- FERIA, RITA DE LA – Prohibition of Abuse of (Community) Law – The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax», in *CMLR*, Vol. 45, N.º 2, 2008, p. 395-442.
- FERNANDES, CARVALHO & LABAREDA, JOÃO – *Insolvências Transfronteiriças. Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho Anotado*, Lisboa: Quid Juris, 2003.
- FERNANDES, CARVALHO & LABAREDA, JOÃO – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, reimp.*, Lisboa: Quid Juris, 2009.
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO – «A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor», in *Themis*, 2005 (Edição Especial), p. 81-104.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS & SÁNCHEZ ALVÁREZ, MANUEL M.^a (coord.) – «La Responsabilidad Concursal de los Administradores de Sociedades de Capital», in *Comentarios a la Ley Concursal*, Colección Garrigues, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 701-721.
- FLEISCHER, HOLGER, «The Responsibility of the Management and its Enforcement», in *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, 2004, 397-398.
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA – «A responsabilidade dos administradores na insolvência», in *ROA*, Vol. II, Ano 66, 2006, p. 653-702.

- GARCÍA GUTIÉRREZ, LAURA – «Eurofood IFSC Ltd: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia», in Civitas, Revista Española de Derecho Europeo, 2007, p. 125-143
- GARCÍA-VILLARUBIA, MANUEL – Las acciones de responsabilidad de administradores de sociedades en concurso. El problema de su coordinación con el proceso concursal y la calificación concursal. Evolucion Normativa, in <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3121/documento/mgv8911x.PDF?id=2842>
- GERBER, ELIZABETH J. – «Not All Politics Is Local: The New Chapter 15 to Govern Cross-Border Insolvencies», in Fordham L. Rev., Vol. 71, N.º 5, 2003, p. 2051-2099.
- GESTRI, MARCO – «Mutuori conoscenza delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode all'legge: il caso "Centros"», in Rivista di diritto internazionale, Vol. 83, 2000, p. 71-112.
- GONZÁLEZ CABRERA, INMACULADA – «La Responsabilidad Concursal de los Administradores Sociales Ex Art. 172 bis del Proyecto de Reforma de La Ley Concursal», in RDCP, N.º 15, 2011, p. 355-365.
- HOPT, KLAUS J. - «The European Company Law Revisited: An Introduction», Law Working Paper no. 140/2010, disponible para consulta no site <http://ssrn.com/abstract=1554662>.
- KHAIRALLAH, GEORGES – «The "Centre of the Debtor's Main Interests": Comments on the Eurofood Judgment of the ECJ», in Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, N.º 11, 2009, p. 111-122.
- KILBORN, JASON J. – «The Raging Debate Between Territorial and Universal Theories of Value Sharing in International Bankruptcy», in International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters, Nova Iorque: Oxford University Press, 2009 (in <http://ssrn.com/abstract=1305320>).
- KIPNIS, ALEXANDER M. – Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency, 2006 (in <http://ssrn.com/abstract=913844>).
- KJLLGREN, A. – «On the Border of Abuse - The Jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and other misuses of Community Law», in EBLR, Vol. 11, 2000, p. 179-194.
- KOVAR, ROBERT – «La mobilité des sociétés dans l'espace européen», in Recueil Dalloz, N.º 7, 2009, p. 465-470.
- LEITÃO, LUÍS DE MENEZES – Direito da Insolvência, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.

- LOMBARDO, STEFANO – «La libertà comunitaria distabilimento delle società dopo il "caso Überseering": tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti», in Banca, Borsa e Titoli di Credito, Vol. 56, Parte I, 2003, p. 456-479;
- LOPUCKI, LYNN M. – «Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach», in Cornell L. Rev., Vol. 84, N.º 3, 1999, p. 696-762;
- LOPUCKI, LYNN M. – «The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy» in Mich. L. Ver., N.º 98, 2000, p. 2216 ss..
- MACHADO, MARIA JOÃO PIMENTEL – «Algumas considerações sobre a falência em direito internacional privado», in Revista Jurídica da Universidade Portuguesa Infante D. Henrique, N.º 3, 1999, p. 77-111.
- MARÍN DE LA BARCENA, FERNANDO – «Reformas en Materia de Calificación Concursal», in RDCP N.º 16, 2012, p. 97-102.
- MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL – «O “CIP” (“Centro dos Interesses Principais”) e as Sociedades: um capítulo europeu», in DSR, Ano 1, Vol. 1, 2009, p. 133-151.
- MARTINS, LUÍS M. – Processo de Insolvência. Anotado e Comentado, Coimbra: Almedina, 2009.
- MASLIN, JEAN-PHILLIPE – The Effectiveness of European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum Shopping, 2009 (in <http://ssrn.com/abstract=1539391>).
- MOVSESYAN, VAHAGN, «Regulatory Competition Puzzle: The European Design», disponível para consulta no site <http://ssrn.com/abstract=985319>.
- MUCCIARELLI, FEDERICO – «Libertà distabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari», in Giurisprudenza Commerciale, 2000, Parte II, p.559-579.
- MUCCIARELLI, FEDERICO M. – «Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi», in Giur. Comm., Vol. I, 2008, p.1224-1233;
- MÜLBERT, PETER O. – «A synthetic view of different concepts of creditor protection - Or a high level framework for corporate for corporate creditor protection», in European Business Organization Law Review, 2006, pp. 357-408.
- OLIVEIRA, RUI ESTRELA DE – «Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação de Insolvência», in Revista Julgar, N.º 11, 2010, p. 941.
- PARLEANI, GILBERT – «L’arrêt Cartesio, ou l’ingenieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés», in Revue des Sociétés, N.º 1, 2009, p. 147-162;

- PERRONE, ANDREA – «Dalla libertà distabilimento alla competizione fragliordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros"», in *Rivista dele Società*, Ano 46, F. 5, 2001, p.1292-1307.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA – «O regulamento comunitário sobre insolvência - Uma introdução», in *ROA*, Ano 66, Vol. III, 2006, p. 153-198.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA – «Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado», in *O Direito*, n.º 139, Vol. II, 2007, p. 255-281.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA – *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 3.^a ed. Refundida 2009, Vol. III, 2.^a ed. Refundida 2012, Coimbra, Almedina.
- PINTO, ALEXANDRE MOTA – «Apontamentos sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades», in *Temas de Integração*, N.º 17, 2004, p. 59-120.
- RAGAN, ALEXANDRA CC – «COMI Strikes a Discordant Note: Why U.S. Courts Are Not in Complete Harmony Despite Chapter 15 Directives», in *Emory Bankr. Dev. J.*, Vol. 27, N.º 1, 2010, p. 117-168.
- RAFFAELE, FEDERICO – «C'È Ancora Spazio Per La C.D. Deepening Insolvency Doctrine Nel Diritto Statunitense?», in *Il Diritto Fallimentare e Delle Società Commerciali*, ano LXXXV, n.º 5, Pádua: CEDAM, 2010, pp. 668-683.
- RAMOS, MARIA ELISABETE – «Da Responsabilidade dos Membros da Administração para com os Credores Sociais», in *BFDUC*, Vol. 76, 2000, p. 251-288.
- RAMOS, RUI MOURA – «Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção», in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 1045-1098.
- RASMUSSEN, ROBERT K. – «A New Approach to Transnational Insolvencies», in *Mich. J. Int'l L.*, Vol. 19, 1997, p. 1 ss.
- REICH, NORTBERT – «Competition between legal orders: a new paradigma of EC law?», in *Common Market Law Review*, Vol. 29, N.º 5, 1992, p. 861-896.
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA – «A responsabilidade dos gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial», in *O Direito*, Ano 142, Vol. I, 2010, p. 81-128.
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA – «A responsabilidade dos administradores na crise da empresa», in *I Congresso. Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 391-413.

- RODRIGUES, ILÍDIO DUARTE – A administração das sociedades por quotas e anónimas – organização e estatuto dos administradores, Lisboa: Livraria Petrony, 1990, p. 220 ss.
- SCHILLIG, MICHEL «The Transaction from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?», ECFR, 2010, (116-157).
- SERRA, CATARINA – A Insolvência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SERRA, CATARINA – «Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões, in DSR, Ano 4, Vol. 7, 2012, p. 97-132.
- SOARES, MARIA ÂNGELA BENTO– «A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia», in Temas de Integração, N.ºs 15 e 16, 2003, p. 283-321.
- SOARES, MARIA ÂNGELA BENTO – «O Acórdão Inspire Art Ltd.: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia», in Temas de Integração, n.º 17, 2004, p. 123-159.
- SOUSA, ANTÓNIO FRADA DE – «Exoneração do passivo restante e forum shopping na insolvência de pessoas singulares na União Europeia», in Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 57-98.
- SOUSA, ANTÓNIO FRADA DE – Company’s Cross-Border Transfer of Seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet Working Paper 07/09 (disponível in <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090701.pdf>);
- TUNG, FREDERICK – Skepticism About Universalism: International Bankruptcy and International Relations, 2001 (in <http://escholarship.org/uc/item/0kn6d3dw#page-4>).
- VICENTE, DÁRIO MOURA – «Insolvência internacional: Direito aplicável», in O Direito, Ano 138, Vol. IV, 2006, p. 793-815.
- VIRGÓS SORIANO, MIGUEL & SCHMIT, ETIENNE – Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Conselho da União Europeia (doc. 6500/96 DRS 8 CFC), 1996, p. 1-184.
- VIRGÓS SORIANO, MIGUEL & GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO – Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia, Madrid: Cívitas, 2003.
- VIRGÓS SORIANO, MIGUEL & GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO – The European insolvency regulation: law and practice, Haia: Kluwer Law International, 2004.
- WESTBROOK, JAY LAWRENCE – «A Global Solution to Multinational Default», in Mich. Law Rev. Vol. 98, 2000, p. 2276-2328.

- WESTBROOK, JAY LAWRENCE – «Chapter 15 at Last», in ABLJ, Vol. 79, 2005, p. 713-729.
- WESSELS, BOB – Current Topics of International Insolvency Law, Deventer: Kluwer, 2004, p. 41 ss.
- WESSELS, BOB – International Insolvency Law, Vol. X, Deventer: Kluwer, 2006, p. 311 ss.
- WYMEERSCH, EDDY – «Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo», in Rivista delle Società, Ano 48, F. 4, 2003, p.723-764.